SABERES DO DIREITO

Filosofia do Direito

ANDRÉ GUALTIERI DE OLIVEIRA

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI
LUIZ FLÁVIO GOMES

50

SABERES DO DIREITO

Filosofia do Direito

ANDRÉ GUALTIERI DE OLIVEIRA

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI

LUIZ FLÁVIO GOMES

2012

Editora Saraiva

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
E-mail saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-16905-0

Apresentação

O futuro chegou.

A Editora Saraiva e a LivroeNet, em parceria pioneira, somaram forças para lançar um projeto inovador: a **Coleção Saberes do Direito**, uma nova maneira de aprender ou revisar as principais disciplinas do curso. São mais de 60 volumes, elaborados pelos principais especialistas de cada área com base em metodologia diferenciada. Conteúdo consistente, produzido a partir da vivência da sala de aula e baseado na melhor doutrina. Texto 100% em dia com a realidade legislativa e jurisprudencial.

Diálogo entre o livro e o

[1]

A união da tradição Saraiva com o novo conceito de *livro vivo*, traço característico da LivroeNet, representa um marco divisório na história editorial do nosso país.

O conteúdo impresso que está em suas mãos foi muito bem elaborado e é completo em si. Porém, como organismo vivo, o Direito está em constante mudança. Novos julgados, súmulas, leis, tratados internacionais, revogações, interpretações, lacunas modificam seguidamente nossos conceitos e entendimentos (a título de informação, somente entre outubro de 1988 e novembro de 2011 foram editadas 4.353.665 normas jurídicas no Brasil – fonte: IBPT).

Você, leitor, tem à sua disposição duas diferentes plataformas de informação: uma **impressa**, de responsabilidade da Editora Saraiva (livro), e outra disponibilizada na **internet**, que ficará por conta da LivroeNet (o que chamamos de Conteúdo Net)[1].

No Conteúdo Net[1] você poderá assistir a **vídeos** e participar de **atividades** como simulados e enquetes. **Fóruns de discussão e leituras complementares** sugeridas pelos autores dos livros, bem como comentários às novas leis e à jurisprudência dos tribunais superiores, ajudarão a enriquecer o seu repertório, mantendo-o sintonizado com a dinâmica do nosso meio.

Você poderá ter acesso ao Conteúdo Net [1] do seu livro mediante **assinatura**. Todas as informações estão disponíveis em www.livroenet.com.br.

Agradecemos à Editora Saraiva, nas pessoas de Luiz Roberto Curia, Roberto Navarro e Lígia Alves, pela confiança depositada em nossa Coleção e pelo apoio decisivo durante as etapas de edição dos livros.

As mudanças mais importantes que atravessam a sociedade são representadas por realizações, não por ideais. O livro que você tem nas mãos retrata uma mudança de paradigma. Você, caro leitor, passa a ser integrante dessa revolução editorial, que constitui verdadeira inovação disruptiva.

Alice Bianchini | Luiz Flávio Gomes
Coordenadores da Coleção Saberes do Direito
Diretores da LivroeNet

Saiba mais sobre a LivroeNet

http://atualidadesdodireito.com.br/?video=livroenet-15-03-2012

1 O Conteúdo Net deve ser adquirido separadamente. Para mais informações, acesse www.livroenet.com.br.

ANDRÉ GUALTIERI DE OLIVEIRA

Bacharel em Direito pela UFMG. Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela USP. Professor da Rede de Ensino LFG.

Conheça o autor deste livro: Assista ao vídeo: http://atualidadesdodireito.com.br/conteudonet/?ISBN=16903-6

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI

Doutora em Direito Penal pela PUCSP. Mestre em Direito pela UFSC. Presidente do Instituto Panamericano de Política Criminal – IPAN. Diretora do Instituto LivroeNet.

LUIZ FLÁVIO GOMES

Jurista e cientista criminal. Fundador da Rede de Ensino LFG. Diretor-presidente do Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes. Diretor do Instituto LivroeNet. Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983), Juiz de Direito (1983 a 1998) e Advogado (1999 a 2001).

Conheça a LivroeNet: http://atualidadesdodireito.com.br/?video=livroenet-15-03-2012

Para Flávia.

Ao amar nós nos transformamos:
"Transforma-se o amador na coisa amada".

Nenhum dos deuses filosofa nem deseja fazer-se sábio, porque já o é, nem filosofa todo aquele que seja sábio. Mas, por sua vez, os ignorantes não filosofam nem desejam fazer-se sábios, pois nisto reside o mal da ignorância: em não ser nem nobre, nem bom, nem sábio e ter a ilusão de sê-lo em grau suficiente. Assim, o que não crê estar falto de nada não sente desejo do que não crê necessitar.

– Então, quem são os que filosofam se não são os sábios nem os ignorantes?

– Claro é, inclusive para uma criança, que é o meio-termo entre uns e outros.

(Platão. *O banquete*, 204a-204b.)

Sumário

Capítulo 1

Introdução – o que é a filosofia do direito?

O nome de nossa disciplina – *filosofia do direito* – já nos fornece uma boa ajuda na tentativa de compreendê-la. Isso porque o termo filosofia do direito é autoexplicativo. Num primeiro sentido, portanto, podemos dizer que se trata de **filosofia aplicada ao direito**.

Isso quer dizer que o que se busca é uma visão filosófica a respeito do fenômeno jurídico, é o filosofar sobre o direito. Mas, para compreendermos isto, temos que compreender em que consiste a filosofia.

A filosofia no ocidente é fruto da cultura grega. E, junto com o monoteísmo judaico-cristão e o direito romano, forma os pilares daquilo que chamamos de cultura ocidental. Segundo a tradição, o termo **filosofia** foi cunhado por Pitágoras e quer dizer literalmente **amor pela sabedoria**. Isso mostra uma postura de humildade na medida em que Pitágoras não se declara o detentor da sabedoria, mas alguém que está sempre em busca do saber.

A prova de 2007 para **Defensor Público da União** (CESPE) traz a seguinte afirmação correta: "A formação da *polis*, a cidade-Estado, é a principal determinação histórica para o nascimento da filosofia".

Com efeito, as condições sociopolíticas da Grécia tornaram possível o aparecimento da filosofia, que se alimenta essencialmente da liberdade. Os gregos foram o primeiro povo na história a construir instituições políticas livres, como a democracia ateniense. Essa liberdade dava ao espírito do povo grego um impulso fora do qual a atividade científica não poderia permanecer de modo duradouro.

Segundo Giovanni Reale e Dario Antiseri, desde o nascimento da filosofia, por volta do século VI a.C., essa "busca pela sabedoria" apresentou algumas características próprias relativamente a seu conteúdo, seu método e sua finalidade (cf. REALE e ANTISERI, 2007a, p. 21-22).

Quanto ao seu **conteúdo**, **a filosofia pretende explicar a totalidade das coisas**, ou seja, toda a realidade, sem exclusão de partes ou de momentos dela. Por isso, enquanto ciências como a física, a química, a biologia, a sociologia, a

história e o direito limitam-se a explicar partes ou setores da realidade, a filosofia tem como objeto a totalidade da realidade e do ser.

Quanto ao seu **método**, a filosofia pretende ser explicação racional da totalidade. O método filosófico quer **encontrar a causa ou as causas das coisas por meio do uso da razão**. Na verdade, coube à filosofia a criação do método racional utilizado pelas demais ciências, sendo que ela aplica tal método para a compreensão do todo enquanto as demais ciências aplicam a razão para explicar parcelas da realidade.

O surgimento da filosofia, destarte, trouxe uma nova forma de explicação utilizada pelos seres humanos: o pensamento racional. Isso significou a tentativa de substituir as tradicionais explicações mitológicas e religiosas das coisas pelo uso exclusivo da razão. Os mitos de criação do mundo que ainda hoje vemos em culturas indígenas, ou que encontramos no livro do Gênesis, na Bíblia, são exemplos de explicações mitológicas. A "teoria do *big bang*", por seu turno, é um exemplo de explicação racional, pois explica o evento de um modo meramente causal e físico.

Finalmente, **o objetivo ou fim da filosofia está no puro desejo de conhecer e contemplar a verdade**. A filosofia nasce, portanto, como amor desinteressado pela verdade.

A título de conclusão, Giovanni Reale e Dario Antiseri (2007a, p. 23) afirmam: "a grande descoberta da filosofia grega foi a de ter tentado essa aproximação ao todo fazendo uso somente da razão (do logos) e do método racional".

Desde o seu início, a filosofia é, portanto, um **conhecimento que se preocupa em chegar às causas das coisas por meio da razão**. Os primeiros filósofos – chamados de filósofos naturalistas ou filósofos da *physis* (natureza em grego) – procuravam identificar qual era a causa inicial a partir da qual tudo o que existe se constitui. Tales de Mileto, o primeiro filósofo conhecido, por exemplo, dizia que esse elemento era a água. Outros depois dele julgaram encontrar a causa primordial do existente na terra ou no ar. Aristóteles, por sua vez, ao falar da metafísica, a qual chamava de "a primeira filosofia", afirmava que seu objeto era o estudo dos princípios, das primeiras causas.

Ora, se o filosofar consiste nessa preocupação com as causas primeiras, o filosofar sobre o direito seguirá os mesmos objetivos. Nesse sentido, a filosofia do direito implica, então, indagar-se a respeito daqueles elementos que

constituem o que há de fundamental para a compreensão do fenômeno jurídico. As perguntas que daí surgem e que nos permitem identificar as duas **questões fundamentais** que a filosofia do direito busca esclarecer são as seguintes:

a) o que é o direito;

b) o que é a justiça.

Alguns autores apontam uma terceira questão, mas não há concordância entre eles. Assim, para Reale, trata-se de como se dá a concretização histórica das ideias de direito e de justiça, enquanto, para Coing, a terceira pergunta diz respeito a **o que é o método jurídico**.

Se uma das condições para que tenhamos uma ciência do direito é que ela possua princípios e metodologia próprios, o que temos que responder é o que diferencia a metodologia de interpretação do direito utilizada pela ciência jurídica das metodologias das demais ciências. O que é interpretar e aplicar uma lei? O que significa um sistema de normas jurídicas? Que peculiaridades possui a argumentação jurídica?

Adotaremos nesta obra o posicionamento de Coing, de modo que o terceiro questionamento será abordado no capítulo sobre a interpretação do direito.

Mas por que a filosofia é necessária ao direito? O que justifica a presença da filosofia do direito nos currículos das faculdades?

Tomando por base a distinção sobre o direito realizada por Kant em *A Metafísica dos Costumes*, a atividade dos aplicadores do direito consiste em se perguntar a respeito da seguinte questão: ***quid juris***, ou seja, qual é, em determinado processo, **a solução de direito**, que tipo de decisão pode ser considerada em conformidade com o direito? Por outro lado, há uma segunda questão: ***quid jus***, isto é, **o que é o direito em si mesmo**?

Apesar de diferentes, tais questionamentos encontram-se ligados. Entendemos que a primeira pergunta não pode ser adequadamente respondida sem que a segunda também seja. Como diz Michel Villey (2008, p. 16-17):

> nenhuma resposta rigorosa seria possível à questão: o que é de direito, *quid juris*? Se não dispuséssemos de alguma ideia do que é o direito, *quid jus*. Toda ciência do direito supõe uma certa concepção do direito, de seu objeto e de suas fontes; e cada ciência do direito só valerá na exata medida do valor de seus princípios.

Para conhecer os princípios que fundamentam cada uma das concepções de direito, temos que recorrer ao estudo da filosofia do direito. Nesse sentido, explica Javier Hervada (2008, p. 36), a filosofia do direito tem, em relação à ciência do direito, uma **função fundamentadora**.

A filosofia do direito fornece à ciência do jurista os conhecimentos metacientíficos fundamentais, que ela não é capaz de obter por si, mas que lhe são necessários para conhecer a realidade jurídica. Ou seja, o direito é capaz de atingir finalidades determinadas pelos valores que o orientam, mas é incapaz de conhecer o significado último desses valores.

Os fundamentos e os objetivos da ciência do jurista têm uma relação de dependência com a filosofia do direito e, em última instância, com as demais ciências filosóficas, pois são elas que fornecem tais fundamentos e objetivos. É dizer, se o jurista trabalha na vida prática com conceitos como justiça, igualdade, bem comum e moralidade, ele precisa, para utilizar adequadamente tais conceitos, saber o significado ou os vários sentidos dessas ideias. Tais significados, contudo, não são encontrados na dogmática jurídica. Embora tais ideias sejam ferramentas do aplicador do direito, ele não encontrará o significado delas na legislação, mas, sim, na filosofia do direito.

Referindo-se ao contexto jurídico norte-americano, Ronald Dworkin aborda a necessidade de se recorrer à filosofia do direito:

> (...) dois juristas podem discordar se em 1954, na questão da segregação, a Corte Suprema estava seguindo princípios já estabelecidos ou criando nova lei; e a controvérsia entre eles pode redundar na discussão sobre o que são princípios e o que significa aplicá-los. Não há clareza quanto ao modo de resolver controvérsias conceituais como essas; elas certamente extrapolam as técnicas costumeiras dos juristas na prática do direito (DWORKIN, 2002, p. 2-3).

Assim, ensina Miguel Reale, o juiz pode nos dizer **se uma relação jurídica está ou não de acordo com a lei**, mas **não é capaz** de definir o que é o direito ou qual é o critério do justo, pois os juristas raciocinam tomando por pressuposto a vigência das regras jurídicas. Há, portanto, um objeto que as ciências não estudam, e são as próprias ciências postas como objeto. Tal estudo cabe à filosofia.

Em segundo lugar, a filosofia do direito desempenha **uma função**

avaliativa e crítica. Nossa disciplina realiza uma crítica e uma avaliação do direito positivo. "Como conhecimento superior, que atinge os princípios supremos e o mais íntimo ser da realidade jurídica, a filosofia do direito é capaz de julgar e avaliar determinada ordem jurídica, conforme sua correção ou incorreção, de acordo com as exigências mais fundamentais do ser da pessoa humana e da vida social" (HERVADA, 2008, p. 36). Ideias como a de direito natural ou a de justiça sempre desempenharam historicamente uma função crítica em relação ao direito positivo.

A conclusão a que chegamos, portanto, é que **o estudo do direito fica incompleto se não alcança o nível filosófico**. A ciência jurídica depende de conteúdos filosóficos. Tanto a interpretação do direito como a forma de desenvolver a função de jurista, por exemplo, têm seus fundamentos em alguma filosofia. Isso pode ser visto na concepção atual de interpretação do direito, fortemente influenciada pelas contribuições da hermenêutica filosófica de Heidegger e Gadamer. Ademais, nenhum sistema científico está desligado nem é independente de algum sistema filosófico.

Alguns juristas discordariam desse ponto de vista. Diriam que sua função resume-se a saber as leis e aplicá-las. A eles podemos opor o seguinte argumento:

> tal atitude já pressupõe uma filosofia do direito: o positivismo legalista. Assim, como todo o homem tem uma filosofia, embora rudimentar e vulgar (ou seja, não cientificamente estruturada), todo jurista também atua com alguns rudimentos filosóficos, às vezes com conteúdos pouco coerentes entre si. A pretensão de estar livre da filosofia jurídica é uma pretensão inútil. São muitas as decisões jurídicas que dependem de algumas suposições filosóficas. Por exemplo, o direito penal não é compreensível senão a partir da ideia de que o homem é livre; os contratos supõem que o homem tem uma capacidade de compromisso etc. (HERVADA, 2008, p. 37).

Por isso, a filosofia não pode ser afastada do direito. Se este recebe seus fundamentos daquela, o estudo da filosofia do direito é um complemento necessário na formação jurídica. O saber filosófico enriquece a mente do jurista, dando a ele o senso de profundidade que leva a um conhecimento mais completo das soluções de direito e evita a adesão inconsciente a determinadas concepções.

Capítulo 2

O Conceito de Direito

1. Noções introdutórias

Definir o direito de maneira única e absoluta parece ser uma tarefa infrutífera. Isso porque o termo direito é **polissêmico ou plurívoco**, isto é, um termo que comporta diferentes definições possíveis.

Segundo Helmut Coing (2002, p. 21-22), a questão do que seria realmente o direito conduz a uma **série de questionamentos** que podem nos levar a direções diversas.

a) Pode-se dizer que o direito é um tipo particular de conjunto de normas, que se diferencia, por exemplo, do conjunto de normas que é a moral.

b) Pode-se enfatizar o aspecto prático da vida jurídica e dizer que, ao invés de normas, o direito na verdade consiste no comportamento de um certo grupo de pessoas dentro da sociedade ou em declarações sobre o seu comportamento.

c) Pode-se dar relevância à história e dizer que o direito é o resultado de um desenvolvimento histórico.

d) De acordo com a concepção filosófica adotada, pode-se dizer, por exemplo, que o direito é uma expressão das relações de produção ou que o direito visa a concretização de fins importantes para os seres humanos, como a liberdade e a justiça.

Para Miguel Reale (1993, p. 290), o conceito de direito encontra-se nos valores lógicos da ciência do direito – isto é, a que critérios deve manter-se fiel o jurista para poder ordenar a experiência social com coerência e rigor de ciência. Esse problema lógico, para o autor paulista, **encontra-se necessariamente unido ao problema da justiça**, fundamento ético do direito.

Além disso, o direito deve ser compreendido de um **ponto de vista histórico**, já que as ideias jurídicas são também criações histórico-culturais. Assim, as concepções de direito e de justiça são manifestações históricas, de

modo que é preciso mostrar "como essas exigências de ordem lógica e ética se concretizam na ordem social e histórica do direito positivo" (REALE, 1993, p. 290).

2. Etapas históricas da organização jurídica

O modo como o direito está hoje constituído é o resultado de uma longa evolução. Para compreendermos alguns dos aspectos que atualmente consideramos essenciais ao conceito de direito, precisamos entender o modo como o direito foi se desenvolvendo desde os primórdios da humanidade até agora.

As etapas de evolução da ordem jurídica acompanharam o modo como os seres humanos se organizaram ao longo da história. Nada mais natural, pois, se o direito existe em função da sociedade, se esta muda aquele também mudará. Assim, as sociedades primitivas possuíam uma organização jurídica que se baseava em pressupostos diferentes dos nossos.

Algo de difícil compreensão, mas de fundamental importância, é entender que a distinção que hoje fazemos entre sociedade e natureza – ou, dito de outra maneira, entre convenção social e natureza; entre leis e costumes da sociedade e natureza – era completamente desconhecida pela mentalidade primitiva (este tema também é analisado no Capítulo 4, item 1, no que se refere a sua contribuição para o surgimento da discussão sobre a justiça). A respeito dessa mentalidade, recorremos ao valiosíssimo livro de Kelsen, *Sociedad y Naturaleza* (1945, p. 2).

A natureza, vale dizer, os fatos que o homem civilizado concebe como sistema de elementos que se enlaçam uns aos outros segundo o princípio da causalidade, é interpretada pelo homem primitivo conforme um esquema inteiramente diferente. O primitivo interpreta a "natureza" conforme as normas sociais, especialmente segundo a *lex talionis*, a norma de retribuição. Para ele, a "natureza" é parte intrínseca de sua sociedade.

> É típico do homem primitivo, portanto, ver em fatos que hoje classificaríamos como naturais fatos ou relações apenas sociais. Com efeito, nessa etapa do pensamento humano, tudo se reduz ao social. São representativos dessa mentalidade as diversas estórias tribais documentadas a respeito da relação entre os corpos celestes: os Fan do Gabão, por exemplo, creem que o sol e a lua se casaram e as estrelas

são seus filhos (KELSEN, 1945, p. 73).

A base dessa organização jurídica era o **vínculo de sangue**, que constituía a razão pela qual pessoas com uma descendência comum eram submetidas às mesmas regras. Os laços sanguíneos eram, então, o fator de unidade que tornava possível um direito comum. Tal unidade era representada por elementos simbólicos como animais e plantas, gerando um culto a esses símbolos (totem, totemismo).

Nessa etapa da organização jurídica, então, os indivíduos são definidos pelo pertencimento a certos grupos constituídos com base no vínculo sanguíneo, chamados de clãs. Nesses grupos, domina a autoridade do costume, que contém ao mesmo tempo regras religiosas, morais e jurídicas.

Num direito organizado desta forma, não há como se pensar nos chamados direitos individuais modernos, pois a existência do indivíduo no clã só tem validade enquanto ele for parte do grupo. Por isso, no direito primitivo a sanção, muitas vezes, possuía um caráter coletivo. Se determinado membro de um grupo fosse lesado por um membro de outro grupo, o grupo inteiro não reagiria necessariamente contra o ofensor específico, mas, sim, contra o grupo ao que ele pertencia. Se a ofensa ocorresse dentro de um mesmo grupo, a pena era a expulsão do ofensor, o que significava uma espécie de morte, a morte social.

O resultado desse tipo de organização jurídica é o que chamamos de **vendeta**, ou seja, a sanção era aplicada por meio da vingança de um grupo para com um outro grupo. A concepção de justiça típica desse momento era a conhecida lei de talião: olho por olho, dente por dente, isto é, a ofensa deveria ser reparada com a mesma arma e em idêntica parte do corpo.

Assim, afirma Kelsen (1945, p. 79-84), a vingança, ou seja, o princípio da retribuição nos moldes da lei de talião, era o princípio que determinava a conduta do homem primitivo. Essa vingança se dava inclusive contra objetos inanimados: os parentes de alguém que caiu de uma árvore estão obrigados a vingar-se dela derrubando-a e transformando-a em lenha; o chefe aprisiona, como a um criminoso, uma canoa que não navegou bem; o Tribunal ateniense julgava e estabelecia penas para lanças e machados que tivessem causado a morte de alguém.

Tais “julgamentos”, que o homem de hoje considera completamente esdrúxulos, são explicados pelas ideias animistas que existiam nas sociedades

primitivas. Segundo Kelsen (1945, p. 85), o animismo se caracteriza pelo fato de o homem primitivo interpretar todos os acontecimentos que o interessam de forma pessoal e conforme os princípios que determinam sua relação social, sobretudo o princípio da retribuição.

Como a base da sociedade primitiva era o vínculo sanguíneo, havia três condições básicas que regulavam o funcionamento dessa organização: proibição do incesto, proibição de derramamento do sangue familiar e vingança de sangue na relação com as outras famílias. Desse modo, afirma Kelsen (1945, p. 87), a vingança de sangue é a sanção correspondente à mais antiga das normas sociais: aquele que mata deve morrer. Ela é a manifestação mais patente do princípio da retribuição.

Entre os antigos hebreus, por exemplo, havia a instituição jurídica do *goel,* que determinava que o parente mais próximo do homem morto deveria perseguir e matar o homicida. O *goel* era, então, a pessoa que estava autorizada a trocar sangue por sangue como um ato de justiça (cf. KELSEN, 1945, p. 91).

As coisas mudam quando a reação contra um determinado delito deixa de ser realizada dessa maneira. Para Del Vecchio (1972, p. 302), as vendetas levavam a um enfraquecimento dos grupos pelas lutas constantes. Isso fez com que os homens buscassem **maneiras diferentes de resolução de conflitos**, o que levou ao estabelecimento da composição. Assim, a ofensa, ao invés de ser vingada, passou a ser indenizada, e isso era feito por meio de um julgamento realizado por um árbitro ou com base em um sistema de tarifas.

Segundo Del Vecchio, **o início da formação do Estado** se encontra aqui, pois ele surge exatamente da necessidade de se estabelecer um instrumento para pôr freio às contendas privadas. Após uma longa evolução, aparecerá uma instituição cujo papel é reservar para si o monopólio da aplicação do direito. Tal é exatamente a função do Estado, que se estabelece como uma autoridade que se encontra acima das disputas entre os clãs. O estabelecimento de uma autoridade imparcial que aplica sanções representa o fim da ordem jurídica primitiva.

A partir daí, o direito nunca mais será o mesmo. De um conjunto de regras costumeiras, ele passará – vagarosamente, é verdade – a ser visto cada vez mais como o resultado de uma ação estatal. Se sua aplicação antes era deixada a cargo de cada uma das famílias, **o Estado passa a monopolizar tal aplicação**, levando a uma concentração das sanções nas mãos de um único ente.

Essa evolução se deu de forma lenta e gradual. Como afirma Bobbio

(2005, p. 31-32), a ideia de que direito é apenas o direito estatal, de modo que o âmbito jurídico se confunde com o do Estado, apresenta-se como um produto histórico da formação dos grandes Estados modernos, erigidos sobre a dissolução da sociedade medieval.

Esta era uma sociedade pluralista, isto é, formada por vários ordenamentos jurídicos que se opunham ou se integravam. Havia ordenamentos jurídicos universais, como a Igreja e o Império, acima daqueles que hoje são os Estados Nacionais, e havia ordenamentos particulares abaixo da sociedade nacional, como os feudos e as corporações.

O Estado moderno foi formado pela eliminação ou absorção dessa diversidade de ordenamentos jurídicos, por meio de um processo que Bobbio chama de monopolização da produção jurídica. Assim, a formação do Estado moderno caminhou lado a lado com a formação de um poder coativo sempre mais centralizado, levando à eliminação de todo centro de produção jurídica que não fosse o próprio Estado.

3. A definição do direito

À palavra direito podem ser dados **diferentes significados**, cada um deles utilizados para se referir a facetas determinadas do fenômeno jurídico. Podemos, assim, utilizar a palavra direito no sentido de ciência – a ciência do direito. No entanto, a mesma palavra pode ser utilizada como sinônimo de justiça; ou querendo se referir ao ordenamento jurídico (direito objetivo) e, por conseguinte, às normas jurídicas que dele fazem parte; ou ao direito subjetivo (quando se diz que alguém possui a prerrogativa de exercer um direito); ou como sinônimo de uma determinada ideologia a partir da qual o direito é constituído – como ocorre quando nos referimos, por exemplo, a um direito que é fruto do capitalismo; ou como simples fato social, quando se verificam quais são as regras realmente eficazes numa sociedade.

Apesar dessa diversidade de sentidos, a doutrina costuma apontar **certas características essenciais** que nos permitem delimitar um conceito de direito. Para isso, é adequado começar por uma análise etimológica do termo, pois o sentido inicial dado às palavras nos ajuda a delimitar os fundamentos daquilo que buscamos conhecer.

Há duas explicações para a origem da palavra direito (cf. HERVADA, 2008, p. 117-123). A primeira afirma que o termo descende da palavra latina

directum, particípio do verbo *dirigere*, que significa dirigir. Assim, *directum* pode ser traduzido por dirigido. Aqui temos a ideia do direito como uma ordem que **dirige o funcionamento da sociedade** em direção a determinados fins, que regula que tipo de comportamento deve ser proibido ou permitido.

A segunda explicação diz que a verdadeira raiz do termo direito seria a palavra ***derectum***, que é a junção do termo *De* (totalidade, perfeição) com o termo *Rectum* (reto), podendo ser traduzido por totalmente reto. Tal ideia remete a um dos símbolos tradicionais do direito: a balança, e por conseguinte à **ideia de igualdade**, pois, quando o fiel da balança está totalmente reto, os dois lados têm pesos iguais.

Se retrocedermos em nossa análise, chegaremos a uma palavra ainda mais antiga: ***Ius***, que pode ser traduzida como o justo. Os juristas romanos utilizavam esta palavra para se referir ao direito, que, portanto, encontrava-se diretamente ligado à justiça. Assim, encontramos no Digesto referências ao *ius civile, ius publicum, ius gentium*.

Com efeito, a primeira sentença do Digesto é a seguinte: "É preciso que aquele que há de se dedicar ao direito primeiramente saiba de onde descende o nome direito (*ius*). Vem, pois, de justiça chamado. De fato, como Celso elegantemente define, direito é a arte do bom e do justo" (D. 1.1.1pr.). A palavra *Ius* deu origem às palavras Juiz, jurisdição, jurisprudência, justiça.

Ius, por sua vez, teria vindo do sânscrito *yeus*, que também possuía um outro termo para se referir à mesma coisa: *Rek-to*, da qual descenderiam as palavras do inglês *right* e do alemão *recht.* A mesma ideia encontra-se presente em todos esses termos: ordem reta nas relações humanas, o justo, a ordem social justa.

Essa análise etimológica nos permite chegar a algumas conclusões. Em primeiro lugar, podemos dizer que o direito é uma **exigência da vida em comunidade**, ou seja, é necessário para que a vida em sociedade seja possível. Tal ideia se encontra na frase "*Ubi societas, ibi ius*" (onde há sociedade, há direito).

Os seres humanos são, por natureza, seres que vivem em comunidade. Essa ideia foi exposta por Aristóteles (1997, 1253a), ao dizer que o homem é um animal social, muito mais do que a abelha ou outro animal gregário. Nenhum indivíduo isoladamente tomado é autossuficiente, precisamos uns dos outros para sobrevivermos e, por isso, nos unimos numa comunidade. Aquele que foge a essa

regra, diz o estagirita, só pode ser um animal selvagem ou um deus.

Desse modo, podemos afirmar que os homens sempre conheceram algum direito. Isso porque os seres humanos são seres sociais, e a existência da sociedade exige o estabelecimento de uma ordem jurídica. A razão disso se encontra, em primeiro lugar, no fato de que a vida em comunidade sujeita todos os indivíduos a disputas – que precisam ser reguladas – por riquezas, por cargos, por propriedades, por honrarias, por um espaço de liberdade.

Em segundo lugar, somos seres sujeitos a erros, levados muitas vezes a agir movidos por paixões, por não conhecermos o que é certo, o que nos leva a cometer injustiças. Ademais, não só a ignorância mas também o mau uso consciente da vontade resultam em injustiças. Em síntese, se todos fôssemos anjos, não haveria necessidade de um direito, mas, como somos seres imperfeitos, sujeitos a erros, o direito é necessário.

Assim, diz Del Vecchio (1972, p. 293-294) sobre o direito, "em todas as fases da vida humana teremos de encontrar manifestações dele, pois em todas elas encontraremos qualquer forma de coordenação entre os homens do mesmo grupo em razão de recíprocas possibilidades e impossibilidades. (...) a convivência implica já um limite e uma regra das práticas cotidianas, ou seja: um regime jurídico embrionário, pelo menos".

Como consequência da primeira conclusão chegamos a uma segunda. Se a existência social acarreta a existência do direito, isso mostra que a sociedade necessita de um conjunto de normas que estabeleça regras de convivência. Isso é decorrência do fato de que, como mais uma vez ensinava Aristóteles (1997, 1253a), somos seres dotados de linguagem, o que nos permite indicar o conveniente e o nocivo, o justo e o injusto. Expressamos isso por meio das regras que estabelecemos.

O direito é, portanto, um **conjunto de regras de conduta**. Mais especificamente, o direito é um tipo de norma social, ou seja, normas que regulam o comportamento dentro de uma sociedade. Com efeito, afirma Bobbio (2005, p. 23-24), a vida de todos nós se desenvolve num mundo de normas. Há uma rede de regras de conduta que, desde nosso nascimento até nossa morte, dirigem numa ou noutra direção as nossas ações. A vida humana, portanto, é também uma experiência normativa, pois todo o nosso desenvolvimento se dá em meio a normas.

De modo mais amplo, a própria história é normativa:

> Ela pode ser imaginada como uma imensa torrente fluvial represada: as barragens são as regras de conduta, religiosas, morais, jurídicas, sociais, que detiveram a corrente das paixões, dos interesses, dos instintos, dentro de certos limites, e que permitiram a formação daquelas sociedades estáveis, com as suas instituições e com os seus ordenamentos, que chamamos de civilização (BOBBIO, 2005, p. 24-25).

Edgar de Godoi da Mata-Machado (1986, p. 15) classifica as normas sociais em **quatro espécies**: modas, usos e costumes, convenções intragrupais e direito. Todas têm em comum o fato de serem proposições cuja finalidade é influenciar o comportamento dos indivíduos e dos grupos, dirigir suas ações rumo a certos objetivos ao invés de outros.

No seu comportamento social, o homem é submetido, em certa medida, às exigências da **moda**. A maneira como nos vestimos hoje, por exemplo, obedece a um determinado padrão em vigor, que não é o mesmo vigente nos anos 1970 ou 1980. Além da vestimenta, o poder normativo da moda manifesta-se na maneira de nos alimentarmos, de repousarmos, de nos divertirmos, nos nossos horários de trabalho e de refeição, nos esportes praticados etc.

A moda, portanto, varia conforme o espaço geográfico e o tempo. A moda adotada na França da década de 1920, por exemplo, diferia em vários aspectos da moda da França sob domínio romano. No entanto, a obrigação de seguir a moda não se impõe de maneira absoluta; é, ao contrário, bastante relativa. Ninguém, hoje em dia, seria impedido de circular nas ruas de nossas cidades com trajes utilizados na época do Brasil colonial, embora quase todas as pessoas que vissem alguém vestido dessa forma considerariam isso bastante estranho.

Os **usos e costumes** situam-se num grau superior ao da moda, a qual é considerada uma feição superficial e transitória deles. Eles surgem na comunidade sem que se possa dizer com precisão de onde vêm e quem os criou. As condições materiais do meio, os aspectos geográficos, a educação, a religião, entre outros aspectos contribuem para sua formação. A capacidade dos costumes de modelar e de limitar a ação do homem é muito maior que a da moda. Dificilmente o homem escapa à exigência deles, de modo que não só sua atividade normal como o êxito de seus empreendimentos dependem em alto grau de sua fidelidade a eles.

Diferentemente da moda, os usos e costumes se transformam

lentamente, ao longo de várias gerações. Eles têm uma eficácia social muito maior que a das modas. A ação individual tem muito menos poder de interferir sobre os costumes.

As **convenções intragrupais** submetem os indivíduos que pertencem a grupos de menor extensão e mais restritos, como clubes, conselhos profissionais, partidos políticos, sindicatos e determinadas religiões praticadas de modo mais rígido.

Aqui, é mais rigorosa a obrigatoriedade, mais enérgica a imposição de regras, cuja transgressão por parte de alguém acarretaria a sua eliminação, até mesmo violenta, do interior do grupo. As convenções não têm, contudo, a mesma existência duradoura dos usos e costumes e, embora deem menos espaço que às modas à iniciativa individual, podemos identificar a ação ordenadora ou normativa exercida sobre as convenções pelos membros do grupo.

Por fim, temos o **direito**, que ocupa um lugar privilegiado entre as formas de controle social. Segundo Mata-Machado (1986, p. 18), "as regras de direito são caracterizadas por maior obrigatoriedade, pela pretensão à permanência e à continuidade, obtidas sempre que se conformam aos usos e costumes mais característicos da comunidade a que se impõem". Além disso, seus mandatos, ordenamentos, proibições e punições apresentam um aspecto impessoal e geral.

É possível que a moda ou o costume, ao serem dotados de uma obrigatoriedade jurídica, acabem se transformando em direito. Assim, os homens cumprimentam-se uns aos outros e a maneira de fazê-lo varia com a moda. Porém, se o encontro é entre militares – um inferior e outro superior – o cumprimento (a continência) é devido, sob pena de sanção. As pessoas podem se comportar de diversas maneiras, de acordo com a "tribo" à qual pertençam, mas não ao ponto de praticar ato obsceno em lugar público (art. 233 CP), o que evidencia que certo padrão de costume é adotado como jurídico.

Do que vimos até agora, percebe-se que o direito possui um caráter instrumental, no sentido de que ele é meio para a concretização de determinados objetivos. Isso nos leva, então, a abordar a questão da finalidade do direito. Para nós, essa finalidade se encontra naquilo que se chama de **justiça**.

Alguns autores utilizam o termo **bem comum** para se referir a essa finalidade. Segundo Mata-Machado (1986, p. 19), a ordem jurídica, mesmo quando serve de proteção a bens individuais, tem em mira o bem da convivência

entre os membros da sociedade, ou o bem comum, que é tal não apenas por ser de todos mas também porque deve reverter sobre cada um.

No entanto, para o problema da finalidade do direito não há uma só proposta de solução. Villey exemplifica a situação à qual o estudioso do direito se encontra submetido:

> Faça o seguinte teste. Reúna um grupo de juristas. Pergunte-lhes: para que serve o direito? Não é absolutamente evidente que lhes estejamos fazendo uma pergunta ociosa: seria útil sabermos definir nosso campo de estudo. Quanto mais não seja para elaborarmos um programa escolar coerente. Você não obterá resposta (VILLEY, 2008, p. 8).

Assim, a noção de justiça é entendida de diferentes maneiras conforme a corrente de filosofia do direito adotada: a justa divisão, o princípio da utilidade, o prazer, a segurança, o bem-estar, o funcionamento harmônico do organismo social. Há também aqueles que apresentam um ceticismo com relação à justiça, outros veem o direito unicamente a serviço do poder.

Tendo em vista o que se expôs até agora, podemos dizer, como afirma Alexy (2009, p. 15), que, para responder à pergunta acerca do conceito de direito, precisamos relacionar **três elementos**: o da legalidade conforme o ordenamento, o da eficácia social e o da correção material.

É dizer, o conceito de direito engloba a questão da validade das normas jurídicas, da sua eficácia e também da sua conformidade com uma ideia de justiça. O problema é que, conforme o peso que cada teoria dá a cada um desses elementos, surgem conceitos de direito completamente diferentes.

Desse modo, é necessário expor as principais correntes de pensamento jurídico ao longo da história, para que possamos compreender como cada uma delas conceitua o direito.

4. As correntes de pensamento jurídico

4.1 Noções introdutórias

O pensamento jurídico ou a **ciência do direito**, desde sua criação em Roma, sempre recebeu influências das teorias filosóficas e científicas vigentes em determinado momento. Podemos, por exemplo, perceber uma ligação direta entre a concepção filosófica que prevalecia na antiguidade e a doutrina jurídica construída naquele momento, ou entre o sucesso das ciências naturais e a teoria

do direito no século XIX.

Os juristas, como homens preocupados em resolver situações práticas, não dispõem nem de tempo, nem do instrumental necessário para desenvolver, por exemplo, um sistema filosófico. Com efeito, o pensamento jurídico se nutre daquilo que é produzido pelos filósofos, desenvolvendo doutrinas jurídicas que se filiam a uma ou a outra corrente filosófica.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2006, p. 9), a discussão a respeito da ciência do direito é um tema que se liga à discussão mais ampla sobre o que é ciência. Quanto a isto, é preciso fazer duas observações. Em primeiro lugar, o termo ciência não é unívoco, pois pode ser dado a ele o sentido de conhecimento verdadeiro, de conhecimento histórico, de hipóteses, de leis, de previsões.

Em segundo lugar, há uma diferença fundamental entre as assim chamadas ciências humanas e as ciências da natureza. As primeiras têm como objetivo compreender fenômenos históricos, sociais, políticos etc. Para isso, lidam com valores, preocupando-se, portanto, em valorar seu objeto de estudo. Já a segunda espécie de ciência busca explicar a natureza por meio da descrição de relações causais, como é o caso da física e da química.

Além disso, quanto às ciências humanas, há sérias divergências quanto ao seu método. Weber, por exemplo, entende que o método das ciências humanas é uma neutralidade axiológica, ou seja, elas devem se limitar a descrever seu objeto de modo neutro.

O direito, não há dúvidas, pertence às ciências humanas. No entanto, existem importantes debates sobre a existência ou não de uma ciência exclusiva do direito (FERRAZ JR., 2006, p. 10). Há, por exemplo, teorias que entendem o direito como uma simples técnica, uma prudência, sendo que a ciência propriamente dita do direito seria uma parte da sociologia, da história etc.

Durante o século XIX, ganha uma importância central a tentativa de fundar o direito a partir do modelo das ciências naturais (FERRAZ JR., 2006, p. 13). Tal tentativa conduziu o jurista a cuidar apenas das relações lógico-formais, deixando de lado o seu conteúdo empírico e axiológico. Para essa concepção, isso teria tornado possível a identificação do que tornava o direito uma ciência independente das demais. O direito seria uma atividade voltada para as normas positivas e seu elemento próprio, portanto, era a norma jurídica. Ciência do direito, então, só poderia ser concebida como ciência da norma jurídica.

O direito seria uma ciência normativa, a qual está no campo oposto das

ciências descritivas. Essa ciência normativa lida com o problema da interpretação, constituindo-se, portanto, como uma ciência essencialmente interpretativa.

Mas o debate sobre o método da ciência do direito não se esgota aí. Com efeito, ele **varia conforme o enfoque** que se elege para servir de base para a análise do direito. Assim, quando a preocupação é pôr em relevo o relacionamento espaçotemporal do fenômeno jurídico, temos uma concepção histórica do direito. Quando se interessa pelo relacionamento do direito com suas condições lógicas, temos uma concepção analítica. Quando se trata de analisar o relacionamento do direito com condições empíricas a ele subjacentes, temos uma concepção empírica.

Assim, como dissemos há pouco, não há um só conceito de direito, mas vários, na medida em que o que se enfoca com relação ao fenômeno jurídico, como ele é percebido e os elementos considerados essenciais a ele variam de acordo com a época e com a concepção filosófica adotada. **Cada corrente de pensamento jurídico tem seu próprio conceito de direito**, que expressa um determinado ponto de vista a respeito do fenômeno jurídico.

4.2 O pensamento jurídico clássico: a doutrina clássica do direito natural

Nesta concepção, o direito é entendido como **aquilo que é devido a alguém, ou seja, o justo**. Direito é aquela coisa que, estando atribuída a um sujeito, que é seu titular, é devida a esse. Na doutrina clássica, portanto, encontramos os termos direito e justo, utilizados como sinônimos.

Em *Ética a Nicômaco* encontramos a análise precisa do conceito de direito, derivado da noção de justiça. Aristóteles chegava a ele distinguindo, da justiça num sentido muito geral da palavra, uma justiça específica ou particular, atividade que tinha por finalidade estabelecer boas proporções entre os bens e outras vantagens que os homens devem partilhar entre si na comunidade e salvaguardar essas proporções (ver Capítulo 4, item 5). **O objetivo dessa atividade, a justa partilha realizada ou a justa parte de cada um, constituía o direito**.

Como diz Tomás de Aquino, o justo caracteriza a retidão que convém à justiça. O nome de justo dá-se àquilo que a ação da justiça realiza. O objeto da justiça é chamado justo. Tal é precisamente o direito.

Segundo Leo Strauss, (2001, p. 120), a doutrina clássica do direito natural – que é diferente do jusnaturalismo surgido no século XVII – originou-se com Sócrates e foi desenvolvida por Platão, Aristóteles, pelos filósofos estoicos e, na Idade Média, por Tomás de Aquino. Esse pensamento foi o adotado pelos juristas romanos que desenvolveram a ciência do direito.

Para essa corrente de pensamento, há uma **ordem natural nas coisas**, de modo que diferentes tipos de seres têm também necessidades diferentes. O que é necessário a um homem difere do que é necessário, por exemplo, a um cão, pois esses seres têm uma natureza diversa. Assim, o conjunto de necessidades de um ser deriva do modo como ele é naturalmente constituído (STRAUSS, 2001, p. 126).

Um homem é considerado bom se ele desempenha adequadamente a ação que é própria de um ser humano, isto é, aquilo que corresponde à natureza humana e às exigências que dela decorrem. Uma vida só é de fato boa se tiver alcançado a perfeição do que é a natureza do homem. As regras que delimitam o que constitui essa vida feliz ou boa são o que os antigos chamavam de direito natural.

Mas, para determinar o que é bom por natureza para o homem, precisamos saber **o que é a natureza humana**. Duas respostas costumavam ser dadas a essa pergunta. Em primeiro lugar, o que distingue o ser humano dos outros animais é a linguagem racional. Portanto, o que é próprio do homem é viver de modo que suas ações reflitam sempre uma compreensão racional das coisas. Em segundo lugar, o homem é, por natureza, um ser social. Por essa razão, a perfeição da natureza do homem supõe uma virtude social que é a justiça (a virtude social por excelência). Nesse sentido, a justiça e o direito são naturais (STRAUSS, 2001, p. 127-129).

Em virtude dessa sociabilidade do homem, o direito natural clássico possui um caráter essencialmente político. Isso porque só é possível responder de modo satisfatório o que é por natureza correto, ou o que é a justiça, respondendo à pergunta sobre qual é o melhor regime político (STRAUSS, 2001, p. 144).

Por isso, a discussão de Aristóteles sobre o direito natural é parte da discussão sobre o direito político. O filósofo divide a justiça política em uma parte natural e outra legal. Para ele, são naturais as coisas que têm a mesma força em todos os lugares sem que isso dependa de nossa vontade, enquanto o legal pode ser determinado de várias maneiras, escolhendo-se por convenção aquilo a que se quer conferir força de lei.

O justo por convenção é comparado com as medidas para vinho e trigo, que, na Grécia antiga, variavam de uma cidade para outra, não sendo, portanto, idênticas em todos os lugares. O mesmo ocorre com os regimes políticos, "já que as constituições não são também as mesmas, embora haja apenas uma que em todos os lugares é a melhor por natureza" (FERRAZ JR., 2003, p. 202).

Infelizmente, Aristóteles não nos oferece um só exemplo de algo que seja justo por natureza, embora nos ofereça algumas explicações importantes. Assim, "a mão direita é mais forte por natureza, mas é possível que qualquer pessoa se torne ambidestra" (ARISTÓTELES, 1999, 1135a). Isso mostra que, para o filósofo, tal qual o direito positivo, o direito natural é também mutável, denunciando, assim, "o exagero contido na oposição absoluta e radical entre lei natural e lei civil, correspondendo respectivamente à lei imutável e lei mutável" (FERRAZ JR., 2003, p. 202).

O direito natural parece estar na mesma relação com a melhor ordem política que o ser destro com o fato de ser ambidestro, ou seja, ambas são condições necessárias, mas não suficientes dessa virtude. Assim, "a norma de excelência para a sociedade nos é oferecida pelo regime que por natureza é o melhor em qualquer lugar, regime que, todavia, não pode nem deve aplicar-se em todas as partes devido à variedade irredutível das coisas humanas" (LORD, 1996, p. 133). Com efeito, diz Lord, Aristóteles parece indicar que o direito natural deve ser buscado nas exigências mais elementares (ainda que igualmente variáveis) da cidade: a conservação de seu regime e a observância de suas leis.

4.3 O agostinismo jurídico

Para Agostinho (1996, IV, 4), **não é possível definir o direito sem a justiça**: "Afastada a justiça, que são, na verdade, os reinos senão grandes quadrilhas de ladrões?". Ele conta a história de um pirata capturado por Alexandre, o Grande, que o repreendeu por molestar o mar. O pirata replicou ao rei, acusando-o de devastar o mundo inteiro: "(...) a mim, porque o faço com um pequeno navio, chamam-me ladrão; e a ti porque o fazes com uma grande armada, chamam-te imperador".

O diálogo entre Alexandre e o pirata tem a função de denunciar que um Estado e um direito sem justiça perdem aquilo que constitui a sua natureza. Assim, sem justiça não existe Estado nem direito.

Mas, como **Agostinho enxerga o direito em função da religião**, ele

considera que só a lei eterna, a lei que é razão e vontade de Deus, é de fato justa. A verdadeira justiça só pode ser encontrada na Cidade de Deus. Nesse sentido, a forma de pensar o direito natural adotada por Agostinho e que prevalecerá na Idade Média até Tomás de Aquino perde o caráter político que tinha entre os gregos e os romanos (cf. STRAUSS, 2001, p. 144).

O direito natural passa a ser visto como uma **lei estabelecida por Deus**. Tal lei é encontrada nos preceitos que Deus nos transmitiu por meio de textos bíblicos como os Dez Mandamentos.

Apesar de negar a justiça da cidade terrena, Agostinho nos ensina a respeitar as suas leis. Embora só a regra da escritura seja realmente justa, **a lei do Estado deve ser obedecida** porque serve à paz da cidade, tendo sido feita para proteger o povo (ordem exterior, segurança da vida comum temporal). As leis humanas, portanto, são, de alguma forma, um reflexo das leis eternas e, por isso, são justificadas.

O pensamento de Santo Agostinho lança as bases do direito sacro que a Idade Média tentará realizar e, portanto, de uma teoria do direito da Idade Média. Sua pretensão é a de que o direito se torne cristão.

É, portanto, à luz do evangelho que se situará o autêntico direito. Para Michel Villey, tal concepção acaba com a autonomia dada ao direito pela doutrina aristotélica. A doutrina agostiniana do direito, na verdade, **trata-se de uma moral**. Nela vemos "o direito como criado da moral" (cf. VILLEY, 2008, p. 110).

4.4 A doutrina do direito de Tomás de Aquino

São Tomás foi figura fundamental na mudança ocorrida no direito do século XIII. Sua teoria buscou **conciliar** o pensamento agostiniano de que o justo era apenas aquilo tirado do evangelho com uma reconstituição do direito greco-romano, gerada pela redescoberta da doutrina aristotélica e do *Corpus iuris civilis.*

Nesse sentido, Tomás devolve aos juristas o sentido da função legisladora (restaura a lei), reconstrói o método de uma teoria do direito laica**,** ratifica o recurso aos textos romanos. Ele funda, com base no direito natural, uma nova doutrina que adapta o direito romano a sua época.

Quanto ao direito natural, Tomás **segue o esquema aristotélico**, embora

seu pensamento não seja uma reprodução idêntica deste. Segundo Villey (2009, 140), a doutrina tomística é mais bem ordenada e coerente; solidifica seus fundamentos com a ajuda do neoplatonismo, de Cícero, de Ulpiano, da Bíblia e de Agostinho.

A doutrina da ordem natural é transplantada por São Tomás para a fé cristã. A ideia de que o mundo implica uma ordem e não é efeito do acaso é ligada por ele à tese de que o mundo é obra inteligente e amorosa de um criador, de um Deus ordenador. Com efeito, Deus é a causa de tudo, mas não age diretamente sobre cada fato particular. Ele age por meio das causas segundas: a cada espécie de coisa ele atribui suas leis naturais, sua natureza. "O fogo, por natureza, se eleva, e o corpo pesado tende para baixo, exceto em caso de milagre" (VILLEY, 2009, p. 141).

Por outro lado, o modo como Tomás concebe a razão natural supõe uma lei divina, que completa ou aperfeiçoa a lei natural. A consequência dessa visão é que a lei natural passa a ser praticamente inseparável da teologia (cf. STRAUSS, 2001, p. 164).

Ao classificar as leis, Tomás adota a teoria de Agostinho de que no ápice de todo o sistema legislativo se encontra a **Lei eterna**, que é a razão divina que ordena o mundo. Em seguida, temos a **Lei natural**, isto é, aquilo que existe em virtude da ordem natural das coisas, e que, em última análise, possui um vínculo de origem com a lei eterna ordenadora. A **Lei humana** ou **Lei positiva** deriva da lei natural e da aplicação de seus princípios sobre certas situações. Deste modo, um direito positivo que se opõe ao direito natural é lei corrompida – não é lei propriamente dita.

Segundo Villey (2009, p. 165), é no pensamento de Tomás de Aquino que encontramos as **origens das liberdades individuais** do direito europeu moderno. Ele percebeu que, além da natureza genérica do homem, há em cada indivíduo uma natureza, uma vocação própria, isto é, cada um de nós é uma pessoa, que não se define simplesmente como parte de um Estado. A dignidade da pessoa humana deriva dessa percepção, a qual, por consequência, leva à formulação dos direitos individuais.

Que o indivíduo **escape ao controle do Estado**, que, se não seu corpo, pelo menos sua alma seja livre, já que destinada a um fim que é superior ao Estado terrestre, é algo diferente das filosofias políticas de Platão e Aristóteles. Estas tinham como base a ideia vigente na antiguidade de que a qualidade que fazia de alguém um ser humano derivava da cidadania, ou seja, do vínculo

político com o Estado.

4.5 O jusnaturalismo ou escola do direito natural moderno

Para esta escola, **o direito é sinônimo de justiça, entendida como a conformidade com a natureza**. Com efeito, os direitos naturais são aquilo que está de acordo com a natureza humana. Desse modo, o direito positivo somente será válido se respeitar esses direitos naturais inatos dos homens. O direito natural, por seu turno, é imutável, sempre justo e universalmente válido.

O conceito de natureza humana tem aqui importância central. Para os jusnaturalistas, seu conteúdo é **puramente racional**, ou seja, é o resultado de uma dedução realizada a partir de uma verdade da razão, não tendo vínculos nem com a ordem natural que podemos observar nem com uma ordem fruto da vontade divina. O direito natural, portanto, passa a depender unicamente da razão do homem.

Assim, os jusnaturalistas consideravam que a partir de princípios como "deve fazer-se o justo e abster-se do injusto", "evita o mal e pratica o bem" ou "não faças aos outros aquilo que não queres que te façam a ti" seria possível deduzir o que era o direito natural. Dessas prescrições morais tidas como válidas universalmente, deduziam-se regras como "os pactos devem ser observados" (*pacta sunt servanda)*, "o dano deve ser indenizado" e "a propriedade deve ser respeitada".

Segundo Strauss (2001, p. 164), a escola do direito natural moderno foi, em parte, uma reação à absorção da lei natural pela teologia tal como propunha o tomismo. Daí se entende o argumento de Grócio, de que mesmo que Deus não existisse, o direito natural permaneceria intacto, pois ele deriva de princípios intrínsecos ao homem.

A teoria do contrato social foi, quase sempre, um instrumento jusnaturalista para justificar racionalmente a existência do direito e do Estado. John Locke, por exemplo, afirmava que a liberdade e a propriedade eram partes essenciais da natureza humana. Assim, só se podia considerar justo um direito e um Estado que respeitassem tal natureza. Havia, portanto, um direito natural à liberdade e à propriedade deduzido da própria natureza do homem.

A teoria do contrato social foi objeto de dois questionamentos na prova da **Defensoria Pública da União de 2010**: 1) "Para Thomas Hobbes, com a criação do Estado, o súdito deixa de abdicar de seu direito à liberdade natural

para proteger a própria vida". 2) "De acordo com a teoria política de John Locke, a propriedade já existe no estado de natureza e, sendo instituição anterior à sociedade, é direito natural do indivíduo, não podendo ser violado pelo Estado".

O primeiro item está errado porque, para Hobbes, é com a criação do Estado que o súdito abdica de seu direito à liberdade. Aliás, Hobbes é apontado por muitos autores como um precursor do positivismo jurídico (ver item 4.7.1 do presente capítulo). No estado de natureza, todos possuíam liberdade absoluta. A afirmação sobre Locke está correta.

Autores jusnaturalistas como Pufendorf, Thomasius e Wolff acreditavam poder chegar a princípios superiores apriorísticos, isto é, princípios que não dependiam da realidade empírica, das circunstâncias espaciais e temporais. Os jusnaturalistas estavam convencidos da possibilidade de, a partir desses princípios, extrair, por meio da pura dedução, todas as restantes regras de direito. Como explica Kaufmann (2002, p. 92), só assim se acreditava poder-se assegurar ao direito natural a validade universal, para todos os tempos e para todos os homens.

O jusnaturalismo **foi criticado** porque sua concepção de ciência do direito encontrava-se afastada da realidade e da experiência jurídica. Grócio dizia que o problema do direito está ligado ao da matemática. Para Leibniz, a ciência do direito não depende de fatos, mas de demonstrações rigorosamente lógicas.

Na realidade, explica Kaufmann (2002, p. 93), os jusnaturalistas não deixavam de proceder empiricamente, quando se valiam de institutos tirados do direito romano, cuja racionalidade se enaltecia. Isso levou ao período das codificações, cujo exemplo mais conhecido é o Código Napoleônico. O advento dos códigos no início do século XIX representou, ao mesmo tempo, o ápice e o começo da decadência da escola do direito natural.

4.6 A escola histórica do direito

Esta concepção floresceu no século XIX como uma forma de **reação ao jusnaturalismo** do século anterior, associado ao iluminismo. Tal reação se insere num movimento mais amplo, que defendia um retorno à tradição, em oposição ao iluminismo que visava superá-la.

Esta reação gerou, no direito, uma crítica à ideia de direitos do homem, que era criação jusnaturalista. Assim, Edmund Burke prefere a tradição – fruto

de uma longa construção histórica que dá a ela efetividade – aos direitos do homem, simples ideias construídas por filósofos apartados da realidade, que, por isso, não têm real repercussão social. De Maistre, por sua vez, dizia que não há o homem a que esses direitos se referiam, mas há o francês, o italiano, o espanhol etc.

O maior expoente da escola histórica do direito foi **Savigny**, que defendeu uma visão historicista da evolução do direito em oposição ao jusnaturalismo racionalista. Para ele, o **"espírito do povo" (*volksgeist*) é a fonte originária do direito**. Ou seja, o direito é o resultado de uma construção histórica de determinado povo; é o resultado da tradição dos costumes construídos ao longo de séculos de existência.

Por isso, o consenso obtido pelo equilíbrio das fontes sociais, e não uma vontade racional a-histórica, como a encontrada no jusnaturalismo, produziriam leis adequadas aos diferentes povos. Essas leis, portanto, só poderiam ser mesmo diferentes entre si, já que são o resultado de histórias culturais diversas.

Para a doutrina, a escola histórica do direito teve o mérito de reconhecer o problema da **condicionalidade histórica do direito**, que se encontrava obliterado pelo racionalismo jusnaturalista que desconsiderava a importância da história para o direito. Em alguma medida o direito é determinado pela história, é fruto da tradição e dos costumes. A observação dos ordenamentos jurídicos não nos permite concluir pela possibilidade de se fundar um direito puramente racional.

4.7 O positivismo jurídico

4.7.1 Noções introdutórias

Para esta escola, **o direito é entendido como sinônimo de lei**. Apenas a lei positiva, isto é, a legislação editada pelo Estado, é que pode ser chamada de direito. O direito, então, não é o justo, não é a natureza e não é o espírito do povo, mas, sim, o resultado do poder estatal.

Para muitos autores, Hobbes é o pai do positivismo jurídico, em virtude da afirmação de que "é a autoridade, e não a verdade, que faz as leis". Tal afirmação é tomada como uma crítica em relação ao jusnaturalismo, que considerava a conformidade com as verdades da razão o critério para se dizer o que era ou não o direito.

Hobbes quer dizer que não é a justiça, não é a conformidade com

determinada ideia que faz uma prescrição ser direito, mas, sim, o fato de tal prescrição ser emanada por uma fonte de autoridade, ou seja, uma fonte de poder legítimo. Tal fonte só pode ser o Estado. É ele a única fonte do direito.

Apesar disso, o positivismo jurídico só se constitui realmente como doutrina no século XIX. Ele propõe a adoção do método das ciências naturais pela ciência do direito, o que resultou na **recusa da metafísica no direito**, que deveria adotar explicações meramente causais. A ciência jurídica deveria explicar os fenômenos por suas causas sociológicas, pois o direito só deriva de fontes sociais, e não da justiça.

Podemos dizer ainda que o modelo que o positivismo jurídico busca instituir é o de uma **teoria formal do direito**. Isso significa que o positivismo é uma teoria que estuda o direito em sua estrutura normativa, independentemente dos valores a que serve essa estrutura e do conteúdo que ela encerra.

Segundo Dworkin (2002, p. 27-28), podemos resumir a concepção positivista nos preceitos expostos a seguir:

a) O direito de uma comunidade é um conjunto de regras utilizado direta ou indiretamente com o propósito de determinar qual comportamento poderá sofrer uma coação exercida pelo poder público. **Essas regras podem ser identificadas como jurídicas com o auxílio de critérios que não têm a ver com seu conteúdo**, mas com a maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. A esse critério Kelsen dá o nome de norma fundamental, Hart chama de regra de reconhecimento, outros ainda falam em teste de *pedigree*. Esses instrumentos são utilizados para distinguir normas jurídicas válidas de inválidas e também quais regras pertencem ao direito e quais pertencem à moral.

b) **O conjunto dessas regras jurídicas e o direito são uma mesma coisa**. Assim, se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas, ele não pode ser decidido mediante a aplicação do direito. Neste caso, o aplicador deve ir além do direito para encontrar algum outro tipo de norma que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente.

c) Dizer que alguém tem uma **obrigação jurídica** é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. Na ausência de uma tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica.

4.7.2 A teoria de Hans Kelsen

Um dos maiores expoentes do positivismo jurídico foi, sem dúvida, Hans Kelsen. Com sua teoria pura do direito, o jurista austríaco buscou reduzir todos os fenômenos jurídicos à dimensão normativa, razão pela qual muitos autores também se referem à sua teoria como **normativismo jurídico**.

Para Kelsen, se quisermos conhecer cientificamente o direito, precisamos estudá-lo sob um ângulo que não se confunde com a abordagem realizada pela economia, pela política ou pela filosofia. Tal enfoque, próprio da ciência do direito, baseia-se no estudo da norma jurídica. A ciência do direito, portanto, consiste na análise da norma jurídica ela própria e do ordenamento jurídico, que é o conjunto dessas normas.

Kelsen afirma que uma ordem coercitiva que se apresenta como direito **só pode ser considerada válida quando for globalmente eficaz**. Assim, o critério do direito válido é, em última análise, a eficácia, ou seja, o poder. Um mínimo de segurança coletiva, representada pelo monopólio de coação do Estado, é condição de uma eficácia relativamente durável do direito. Quem detém o poder soberano detém a capacidade de criar direito válido.

Além disso, para que uma ordem seja jurídica, deve estar pressuposta uma **norma fundamental** segundo a qual as pessoas devem se conduzir em harmonia com o ordenamento jurídico, isto é, “por força da qual a coação deve ser exercida sob os pressupostos e pela forma que esse ordenamento determina” (KELSEN, 1998b, p. 53). Quando um ordenamento não tem a eficácia duradoura sem a qual não é pressuposta qualquer norma fundamental que estabeleça a sua validade objetiva, ele não pode ser uma ordem jurídica.

Kelsen retoma a discussão a respeito da obrigatoriedade do direito introduzida por Santo Agostinho, mas chega a conclusões diversas. Ao definir o direito, sua teoria não recorre a uma categoria pré ou suprapositiva, mas a um conceito intrajurídico. A definição de direito kelseniana tem a pretensão de recusar uma justiça definidora do direito, permanecendo inteiramente na esfera do positivo. Assim, “sem que se deva atacar diretamente a justiça, ela se mostra como singularmente dispensável para o conceito de direito” (HÖFFE, 1991, p. 127).

Ele começa buscando responder o que faz com que a ordem expressa numa norma jurídica seja diferente da ordem expressa por um bandido. Quando um policial aborda alguém e lhe pede um documento, tal ordem possui um

caráter objetivo, pois está fundada num ordenamento jurídico. Já quando um bandido exige a carteira de alguém, ele dá uma ordem cujo caráter é subjetivo, pois está fundada tão somente na vontade do bandido.

No entanto, essa explicação não esgota a análise, pois Kelsen constata que mesmo um grupo de bandidos possui um conjunto de regras de comportamento, que regulam o modo como o bando deve se conduzir. Esse "código" pode consistir em regras que preveem que o bandido deve atirar se a vítima reagir, ou preveem a forma como se fará a divisão do produto do crime entre os membros do bando. Nesse sentido, a ordem de um bandido poderia, sim, possuir um caráter objetivo.

Desse modo, diz Kelsen a respeito do ordenamento estatuído por um bando de salteadores:

> Ele não tem claramente esta eficácia se as normas estatuidoras de sanções da ordem jurídica em cujo domínio territorial de validade se exerce a atividade do bando são aplicadas de fato a esta atividade enquanto ela constitui uma conduta contrária ao Direito e os componentes do bando são compulsoriamente privados da liberdade, ou mesmo da vida, por meio de atos que são interpretados como pena de privação da liberdade e pena de morte e, assim, se põe um termo à atividade do bando – ou seja: quando a ordem de coação reconhecida como ordem jurídica é mais eficaz do que a ordem de coação constitutiva do bando de salteadores (KELSEN, 1998b, p. 53).

Assim, se uma ordem de coação é de tal forma eficaz dentro de um território que consegue excluir toda e qualquer outra ordem de coação, ela pode ser considerada como ordem jurídica, ou seja, como um Estado, mesmo que este desenvolva externamente uma atividade considerada criminosa pelo direito internacional. Isso porque, do ponto de vista interno, tais Estados conseguem proibir eficazmente o emprego da força entre seus membros, de modo a garantir "aquele mínimo de segurança coletiva que é condição de uma eficácia relativamente durável da ordem constitutiva da comunidade" (KELSEN, 1998b, p. 53).

Nesse sentido, a justiça não é necessária para se definir o direito, e é totalmente possível a existência de ordenamentos jurídicos injustos, uma vez que o fato de o conteúdo de uma ordem coercitiva poder ser julgado como injusto não constitui seu fundamento de validade. Qualquer ordem coercitiva,

independentemente de ser justa ou não, pode ser reconhecida como ordem jurídica, bastando apenas provar sua eficácia duradoura. Dessa forma, para a teoria kelseniana, **qualquer conteúdo pode ser direito**.

4.7.3 A teoria de Herbert Hart

Hart é um autor inglês que foi, junto com Austin e Bentham, um dos maiores expoentes do positivismo jurídico anglo-saxão. A teoria hartiana afirma que o núcleo daquilo que se entende por sistema legal moderno está na **união entre** o que ela chama de **regras primárias** e **regras secundárias**.

As regras primárias impõem alguma forma de restrição ao livre uso da violência, ao roubo e a fraudes em geral. Os seres humanos estão sempre sujeitos à tentação de cometer tais atos, mas eles devem, em geral, reprimir essas vontades se quiserem coexistir uns com os outros em uma comunidade. Por constituírem uma das bases que torna possível a existência social, as regras primárias são encontradas em todas as sociedades primitivas (HART, 1992, p. 89).

Embora as regras primárias sejam fundamentais, Hart afirma que apenas comunidades pequenas fortemente unidas por laços de consanguinidade, sentimentos e crenças comuns poderiam viver de forma bem-sucedida só com elas. Isso porque as regras primárias apresentam uma série de deficiências, que fazem com que elas só existam de forma independente das regras secundárias nas sociedades mais simples (cf. HART, 1992, p. 90-91).

Um primeiro defeito dessas estruturas sociais mais simples é a incerteza. As regras que regulam o funcionamento do grupo não formam um sistema, não têm uma identificação ou uma marca comum, de modo que se dúvidas surgirem a respeito do que são essas regras ou de seu alcance não haverá nenhum procedimento que solucione esse problema.

O segundo defeito é o caráter estático das regras primárias. Mudanças nessas regras só ocorrem pela via de um processo muito lento de desenvolvimento, praticamente imperceptível. Não há, numa sociedade que funciona desse modo, uma forma de adaptar intencionalmente as normas às mudanças repentinas, como fazemos hoje por meio do poder legislativo.

O terceiro defeito é a ineficiência, isto é, essas regras são mantidas por uma pressão social difusa, que é ineficiente se comparada ao Estado. Assim, disputas sobre se uma determinada regra foi ou não violada sempre ocorrerão

por não haver um órgão que possua o monopólio oficial das sanções.

O remédio para esses defeitos, explica Hart, é o estabelecimento de **regras secundárias, que complementam as primárias**. Ele considera que isso é o que marca a passagem do mundo pré-legal para o mundo legal. As regras secundárias são aquelas que tratam das regras primárias. Elas se ocupam do modo como estas regras podem ser consideradas conclusivamente válidas, com o modo como estas regras podem ser criadas, revogadas, mudadas etc.

Hart classifica as regras secundárias em **três tipos**: a regra de reconhecimento, as regras de alteração e as regras de adjudicação (cf. HART, 1992, p. 92-94). A primeira lida com o problema da incerteza estabelecendo a característica ou as características que fazem uma regra ser considerada válida e, portanto, parte do sistema legal. Dizer que determinada norma é válida é reconhecer que ela passou por todos os testes estabelecidos pela regra de reconhecimento.

As regras de alteração resolvem o problema do caráter estático das normas primárias, determinando um indivíduo ou um grupo de indivíduos que possuem o poder de introduzir novas regras primárias, eliminando as antigas. Hoje em dia, encontramos essas regras na Constituição, que determina quem possui competência para legislar.

O terceiro tipo de regra secundária lida com o problema da ineficiência. São as regras de adjudicação, que conferem jurisdição a um indivíduo ou a um grupo de indivíduos para poder decidir definitivamente se uma regra primária foi ou não violada. Isso supõe, então, a figura do Estado-juiz.

A regra de reconhecimento cumpre, na teoria hartiana, o mesmo papel que a norma fundamental cumpre na teoria de Kelsen: dizer o que, em última análise, torna válida determinada norma jurídica. Segundo Hart (1992, p. 98), num sistema legal moderno, em que há uma variedade de fontes do direito, há mais de um critério para identificar o direito. Normalmente esses critérios são encontrados numa constituição escrita, em leis e em precedentes judiciais. Para evitar conflitos entre os critérios, estabelece-se uma ordem de subordinação e primazia entre eles.

Para Hart (cf. 1992, p. 99), a regra de reconhecimento pode ser utilizada pelo judiciário ou pelos cidadãos comuns a partir de um **ponto de vista interno** ou a partir de um **ponto de vista externo**. O primeiro é a linguagem daqueles que consideram como válida uma norma que se mostra adequada a regras

reconhecidas por todos como apropriadas para esse propósito. Isso é normalmente expresso pela frase: “a lei diz que...”, que pode tanto ser pronunciada por juízes quanto pelas demais pessoas submetidas ao ordenamento jurídico.

O segundo ponto de vista é o do observador externo a um sistema legal, que, sem aceitar ele mesmo a regra de reconhecimento deste sistema, registra que outros (aqueles que estão dentro do sistema) a aceitam. Ao observar, por exemplo, o ordenamento jurídico inglês, esse observador externo diria: “Na Inglaterra é reconhecido como direito tudo que a Rainha promulga no parlamento”.

Diferente da norma fundamental de Kelsen, que é um puro dever-ser, uma condição lógica do sistema, que não tem um conteúdo específico, Hart pensa a sua regra de reconhecimento como **algo que existe no plano dos fatos**:

> (...) enquanto uma regra subordinada de um sistema pode ser válida e, nesse sentido, “existir”, mesmo se for geralmente ignorada, a regra de reconhecimento apenas existe como uma prática complexa, mas normalmente concordante, dos Tribunais, dos funcionários e dos particulares, ao identificarem o direito por referência a certos critérios. A sua existência é uma questão de fato (HART, 1992, p. 107).

Outra contribuição importante da doutrina hartiana é a defesa de um **conteúdo mínimo de direito natural**. Ao dizer que, para existir o direito, é necessário um mínimo de direito natural, Hart rejeita a conclusão kelseniana de que qualquer conteúdo pode ser direito.

A proibição do homicídio, a necessidade de cooperação social, o estabelecimento de um espaço para a liberdade e para a propriedade, a preocupação com o bem comum são conteúdos sem os quais o direito não seria capaz de cumprir seu papel de regular o funcionamento da sociedade e de garantir sua existência. Isso porque, na ausência deste conteúdo, os homens não teriam razões para obedecer voluntariamente a qualquer regra. Sem uma cooperação voluntária mínima que sirva de apoio para forçar a obediência às regras, e sua manutenção, seria impossível exercer coerção sobre quem as desrespeitasse (cf. HART, 1992, p. 189-195).

4.8 O realismo jurídico

O realismo jurídico é uma corrente de cunho **antimetafísico**, que se desenvolveu, sobretudo, nos EUA e nos países escandinavos. O realismo se preocupa com o desenvolvimento de uma ciência empírica, por meio da qual possamos descobrir a **realidade social do direito.**

Assim, o juiz e teórico do direito Oliver Wendell Holmes dizia: "entendo por direito a previsão das decisões dos Tribunais tais como serão de fato: não é necessário atribuir-lhe um objeto mais pretensioso" (apud VILLEY, 2008, p. 187).

O realismo norte-americano interessou-se pela compreensão de fundo psicológico das decisões judiciais. Procurou, com base na análise de pressupostos sociais e psicológicos, descobrir como irão decidir os tribunais. Isso deriva da crença de que as normas legais não constituem base para as decisões judiciais, que são, em verdade, **condicionadas por emoções**.

Na verdade, dizem os realistas, "os juízes tomam as suas decisões de acordo com as suas próprias preferências políticas ou morais e então escolhem uma regra jurídica apropriada como uma racionalização" (DWORKIN, 2002, p. 7).

Dizer que o realismo jurídico combate a metafísica é dizer que ele se opõe ao papel desempenhado pelas ideias de direito natural, de justiça e, de modo geral, a todo o conteúdo valorativo na compreensão do direito. Isso se explica, em primeiro lugar, pela adoção da análise lógica da linguagem nos moldes do que foi desenvolvido por autores como Bertrand Russell e Wittgenstein.

Com base nessa filosofia, os realistas escandinavos sustentam que os conceitos jurídicos não possuem uma realidade. São palavras que descrevem algo, mas que não possuem uma existência empírica: "se um empréstimo é concedido, então nasce um crédito; o crédito não é um objeto real, não é absolutamente nada além de uma palavra vazia de qualquer referência semântica" (BILLIER, 2005, p. 262).

Os enunciados referentes a direitos subjetivos, por exemplo, não têm uma natureza, eles apenas cumprem a função de descrever o direito vigente ou sua aplicação a situações específicas concretas. O dinamarquês Alf Ross usa como exemplo a compra de um objeto, que acarreta, como consequência jurídica, a possibilidade de obter sua entrega:

A ideia de que entre a compra e a possibilidade de obter a entrega

> “gerou-se” algo que pode ser chamado de propriedade carece de sentido. Nada se gera pelo fato de A e B trocarem umas poucas frases interpretadas juridicamente como contrato de compra e venda. Tudo que ocorreu é que agora o juiz tomará esse fato em consideração e pronunciará sentença a favor do comprador mediante uma ação para obter a entrega (ROSS, 2003, p. 206).

O que é real são os fatos. No entanto, no direito utilizamos palavras que cumprem uma função de simplificar o que ocorre na realidade. Ao invés de dizermos que o comprador provavelmente receberá o bem se entrar na justiça, dizemos que ele tem direito subjetivo ao bem comprado.

Se um conceito como o de direito subjetivo não é empírico, ou seja, não é algo que possui uma existência concreta, **não se pode fazer um estudo científico dele**. A mesma coisa ocorre com conceitos como os de justiça, obrigação, responsabilidade. Daí porque Ross argumenta que a justiça não é um critério último para o exame racional do valor das normas, uma vez que as palavras justo e injusto carecem de significado, pois não passam de uma expressão emocional:

> Uma pessoa que sustenta que certa regra ou conjunto de regras – por exemplo, um sistema tributário – é injusto não indica nenhuma qualidade discernível nas regras; não apresenta nenhuma razão para sua atitude. Simplesmente se limita a manifestar uma expressão emocional. Tal pessoa diz: “Sou contra essa regra porque é injusta”. O que deveria dizer é: “Esta regra é injusta porque sou contra ela” (ROSS, 2003, p. 320).

Outro elemento fundamental da posição realista é o postulado de que o **princípio da verificação deve se aplicar também à ciência do direito**, a qual deve adotar a mesma metodologia empírica das ciências naturais. O resultado disso é que será considerado como direito apenas aquilo que pode ser verificado no plano dos fatos.

Para Ross, toda discussão a respeito da natureza do direito se funda na errônea suposição metafísica de que ele extrai sua validade de uma determinada ideia, como a ideia de justiça, que é, portanto, decisiva para dizer o que merece ser chamado de direito. Segundo o autor, “se abandonarmos essas pressuposições metafísicas e as posturas emocionais nelas envolvidas, o problema da definição perderá o interesse” (2003, p. 55).

A discussão sobre a natureza do direito, então, reduz-se à discussão sobre o que é o direito vigente. Dizer que uma Constituição é direito vigente, por exemplo, significa, na realidade, uma "previsão de que as normas de conduta criadas pela legislação em conformidade com a Constituição serão aplicadas pelos tribunais" (ROSS, 2003, p. 76).

O direito é compreendido em termos de efetividade social: o direito é vigente porque é aplicado. Ross considera que uma norma é vigente se houver fundamentos suficientes para se supor que ela será aceita pelos tribunais como base de suas decisões (2003, p. 99). O direito é aquilo que ocorre no plano da realidade, ou seja, as razões adotadas pelos Tribunais ao decidir o caso concreto.

O realismo jurídico escandinavo coloca de lado as preocupações axiológicas e rejeita qualquer forma de direito natural. Rejeita também as concepções de validade do direito positivo que afirmam que a validade de uma norma deriva de uma outra norma que lhe é hierarquicamente superior. Para os realistas, as normas valem porque são eficazes. O critério para determinar quais são as normas que integram o ordenamento é a possibilidade de que venham a ser aplicadas pelo juiz.

4.9 A teoria tridimensional do direito

A teoria tridimensional do direito de Miguel Reale, Professor Catedrático da Universidade de São Paulo, talvez seja a maior contribuição dada à filosofia do direito pela doutrina brasileira. Certamente é a mais conhecida tanto no Brasil como internacionalmente.

Reale afirma que a palavra direito pode ser utilizada referindo-se a diferentes sentidos. Estes, diz o autor, correspondem a **três aspectos básicos do fenômeno jurídico**:

1) Aspecto normativo – o direito como ordenamento e sua respectiva ciência.

2) Aspecto fático – o direito como fato ou em sua efetividade social e histórica.

3) Aspecto axiológico – o direito como valor de justiça.

Isso significa que o direito só pode ser compreendido de modo integral se levarmos em conta que ele se constitui de uma correlação entre essas três dimensões distintas. O direito é fato (fato econômico, geográfico, demográfico etc.) que se soma a um valor, o qual confere significação a esse fato, inclinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo por meio de uma norma jurídica.

Da interação entre fato e valor resulta a norma, que representa a **relação ou medida que integra** os dois aspectos anteriores. Esse processo é mais bem compreendido ao analisarmos a nomogênese jurídica, que é o estudo da gênese de uma norma jurídica (cf. REALE, 1993, p. 550-561).

Segundo Reale, os legisladores estão condicionados por um complexo de circunstâncias de fato. **Fato é tudo o que já existe, inclusive os interesses e as situações jurídicas constituídas**, tudo, em suma, que já se tornou momento objetivado da experiência histórica e que, tanto como os fatos naturais, condiciona o agir humano.

São fatos, portanto, as condições econômicas, políticas, sociais e jurídicas, como o nível da inflação, o regime político vigente, a existência de uma grande desigualdade social, uma guerra, uma legislação obsoleta. São fatos também eventos naturais que repercutem nas sociedades humanas, como uma enchente, um terremoto etc.

Perante esse quadro complexo de fatores ou de condições naturais e históricas, situam-se homens e partidos, grupos e classes, enunciando juízos de valor diversos. Os valores são **as ideias ou as ideologias políticas, econômicas, morais, filosóficas e jurídicas defendidas em determinado momento histórico**. São valores, por exemplo, o liberalismo, o socialismo, a ética eudemônica, o cristianismo, o protestantismo, o sistema filosófico kantiano, o positivismo jurídico etc.

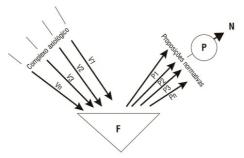
Cada valor defende uma determinada maneira de lidar com os fatos existentes, de modo que os problemas que a dimensão fática nos apresenta serão resolvidos de diferentes maneiras de acordo com o valor adotado. Isso faz com que seja **necessário decidir por um caminho entre vários possíveis.**

Da interação entre fatos e os diferentes valores existentes surgem também diversas propostas de solução dos problemas ou, como Reale diz, diversas proposições normativas. A proposta liberal para a solução de uma crise econômica não será igual a uma proposta socialista. Mas a diversidade de proposições normativas precisa ser superada; é necessário realizar uma escolha entre elas.

É nesse momento que se faz necessária a intervenção de um poder que estabelecerá a norma jurídica. No contexto brasileiro, isso ocorre no instante em que o Congresso vota e o governo sanciona um projeto de lei. Nesse momento, uma das proposições normativas se converte em norma legal. Nessa escolha que

constitui um direito novo, revela-se o **papel determinante do poder para a formação do direito**.

Assim, não se cria uma norma jurídica sem a vontade de um ato decisório do poder. Mas também não há que se falar em anterioridade do poder ou do direito, pois os dois fatores se implicam e se exigem numa relação de polaridade. Diz-se que há polaridade entre dois fatores quando o conceito de um é essencial à plena determinação conceitual do outro, sem que um possa, no entanto, ser reduzido ao outro, mantendo-se, pois, sempre distintos e complementares.

Reale utiliza o desenho abaixo (no qual **v1**, **v2** etc. são os valores, **F** os fatos, **p1**, **p2** etc. as proposições normativas, **P** o poder e **N** a norma) para representar o processo da nomogênese jurídica:

Embora não possamos pensar o direito sem o poder, Reale também afirma que na dialética do poder é inerente uma essencial referibilidade à ideia de justiça:

> No fundo, o jurídico é uma experiência, feliz ou malograda, de justiça, e, mesmo quando de bom êxito, tem sempre caráter provisório, tão infinita é a esperança de justiça que nos anima e nos impele através do tempo. Por ser perene atualização do justo, o Direito é condição primeira de toda cultura, e nisso reside a dignidade da Jurisprudência (REALE, 1993, p. 713).

Assim, **a capacidade decisória do poder não é ilimitada** (absoluta). Ela é condicionada por um conjunto de possibilidades normativas, derivado da interação entre fato e valor. Nesse sentido, o ato decisório do poder é parte integrante desse processo fático, axiológico e normativo. Essa é a razão pela qual o poder não surge como uma quarta dimensão:

> No fundo, a decisão do poder, seja ele estatal, costumeiro, jurisdicional ou negocial, somente se torna possível e atual em correlação, ou melhor, em função das *valorações* que o condicionam e que legitimam a *opção normativa in concreto*. Faça-se abstração da correlação axiológico-normativa, e o poder se põe como mera força, insuscetível de qualificação jurídica positiva (REALE, 1993, p. 561).

Isso significa dizer que o poder, cuja interferência é fundamental para a criação do direito, deve ser um **poder legítimo**. Sua legitimidade deriva justamente da adequação da escolha de uma entre várias proposições normativas com os fatos e os valores existentes no momento.

Segundo Celso Lafer (2000, p. 104), isso é percebido ao pensarmos no tema da agenda legislativa, que expressa justamente os fatos e os valores importantes do momento. Certamente a agenda legislativa no Brasil do ano de 2011 não é a mesma do Brasil de 1962. Assim, uma norma jurídica editada hoje, mas que seguisse a agenda legislativa de 1962, careceria de legitimidade.

Em face do que foi dito até agora, Reale (1993, p. 699) conclui que o direito pode ser definido como uma **"realidade histórico-cultural tridimensional de natureza bilateral atributiva"** (sobre o conceito de bilateralidade atributiva, ver item 3.4, Capítulo 3).

4.10 O pós-positivismo

4.10.1 Noções introdutórias

O positivismo jurídico foi, de meados do século XIX até a primeira metade do século XX, a corrente de pensamento jurídico preponderante. Contudo, o final da Segunda Guerra Mundial representou um **ponto de virada** que levou ao questionamento de teses fundamentais do positivismo. A concepção de que o direito resumia-se na lei encontrou objeções cruciais nos eventos deflagrados pela guerra, como o aparecimento de uma massa enorme de pessoas sem qualquer proteção estatal por serem apátridas e, em tese, não terem

direito algum.

O Tribunal de Nuremberg, instituído para julgar os crimes de guerra dos nazistas, também contribuiu em grande medida para essa mudança. Isso porque ele refletiu ao mesmo tempo o modo de pensar vigente e a concepção que surge com a pretensão de substituí-la. O argumento dos nazistas era de que suas ações estavam em consonância com a legislação de seu Estado à época. Assim, eles não podiam ter cometido crime algum, pois o crime é a violação da lei.

Alguns anos mais tarde, em 1961, ocorre em Jerusalém o famoso julgamento de Adolf Eichmann, nazista que, após a guerra, havia fugido para a Argentina e lá se estabelecido com uma identidade falsa até ser capturado num subúrbio de Buenos Aires em 1960. Eichmann era acusado de cometer crimes contra o povo judeu, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Foi condenado à forca.

No interessante relato que faz do julgamento de Eichmann, Hannah Arendt descreve a postura do acusado e explica os argumentos de sua defesa:

> A cada item Eichmann alegava: não culpado na forma da acusação. De que forma, então, pensava ele ser culpado? (…) Seu advogado, Roberto Servatius (…) respondeu à pergunta numa entrevista à imprensa: Eichmann sentia-se culpado diante de Deus, não diante da lei, mas essa resposta ficou sem a confirmação do próprio acusado. A defesa, aparentemente, teria preferido negar a acusação baseada no fato de que, sob o então existente sistema legal nazista, ele não fez nada de errado, pois aquilo do que fora acusado não eram crimes, porém atos do Estado, sobre os quais nenhum outro Estado tinha jurisdição. Fora sua obrigação obedecer e, nas palavras de Servatius, ele cometera atos pelos quais ou somos condecorados se vencemos, ou somos presos se perdemos. Assim Goebbels havia declarado em 1943: E nós entraremos para a história, ou como seus maiores estadistas, ou como seus maiores criminosos (ARENDT, 1983, pp. 37-38).

O argumento jurídico que acabou por prevalecer defendia que, **embora os alemães tivessem agido em conformidade com a lei, eles violaram o direito** e, portanto, mereciam punição. Com efeito, as leis editadas pelo Estado nacional socialista, embora fossem formalmente leis, não eram realmente direito, pois faltavam a elas certas qualidades para que pudessem ser consideradas jurídicas.

É representativa desse novo modo de pensar o direito a descrição feita

por Alexy de uma decisão proferida em 1968 pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Seguindo a ideologia nacional-socialista, o § 2 do 11º Decreto da Lei de Cidadania do Reich de 1941 privava da nacionalidade alemã os judeus emigrados. O Tribunal tinha de decidir se um advogado judeu, que havia emigrado para Amsterdã pouco antes da Segunda Guerra Mundial, deveria perder a cidadania alemã, como previa o decreto supracitado.

A decisão foi de que o advogado nunca havia perdido sua cidadania alemã porque o Decreto que determinava essa perda era nulo *ab initio*. O Tribunal se pronunciou da seguinte maneira:

> O direito e a justiça não estão à disposição do legislador. A ideia de que um legislador constitucional tudo pode ordenar a seu bel-prazer significaria um retrocesso à mentalidade de um positivismo legal desprovido de valoração, há muito superado na ciência e na prática jurídicas. Foi justamente a época do regime nacional-socialista na Alemanha que ensinou que o legislador também pode estabelecer a injustiça. Por conseguinte, o Tribunal Constitucional Federal afirmou a possibilidade de negar aos dispositivos "jurídicos" nacional-socialistas sua validade como direito, uma vez que eles contrariam os princípios fundamentais da justiça de maneira tão evidente que o juiz que pretendesse aplicá-los ou reconhecer seus efeitos jurídicos estaria pronunciando a injustiça e não o direito.
>
> O 11º Decreto infringia esses princípios fundamentais. Nele, a contradição entre esse dispositivo e a justiça alcançou uma medida tão insustentável que ele foi considerado nulo *ab initio* (...). Esse decreto tampouco se tornou eficaz por ter sido aplicado durante alguns anos ou porque algumas das pessoas atingidas pela "desnaturalização" declararam, em seu tempo, estarem resignadas ou de acordo com as medidas nacional-socialistas. Pois, uma vez estabelecida, uma injustiça que infrinja abertamente os princípios constituintes do direito não se torna direito por ser aplicada e observada (ALEXY, 2009, p. 7-8).

De acordo com Carla Faralli (cf. 2006, p. 1), o **início da filosofia do direito contemporânea** corresponde a fins dos anos 1960, quando ocorre a crise do último grande modelo juspositivista que foi o desenvolvido por Hart. Ainda segundo a autora, "o juspositivismo encontra suporte na teorização dos cientistas sociais do final do século XIX, que sustentam a impossibilidade programática de

valoração da ciência social e a impossibilidade estrutural de encontrar critérios de juízo de ordem moral para decidir em direito e em política" (FARALLI, 2006, p. 2).

Os filósofos contemporâneos do direito se opõem a essas duas teses que dão suporte ao positivismo jurídico. A partir daí, dá-se a abertura da filosofia do direito, por um lado, ao mundo dos valores ético-políticos, o que vimos com a obra *Levando os Direitos a Sério*, de Ronald Dworkin; e, por outro, ao mundo dos fatos por meio da teoria neoinstitucionalista de Weinberger e MacCormick na obra *An Institutional Theory of Law* (cf. FARALLI, 2006, p. 3).

Voltemos mais uma vez à conclusão de Kelsen de que qualquer conteúdo pode ser direito. Podemos refutar essa tese pela afirmação de que o único obstáculo para que qualquer conteúdo, como aquele das leis nazistas, possa se tornar direito é o conceito de legitimidade jurídica, de modo que, se determinado conteúdo for contrário a esse conceito, ele não poderá ser aceito como direito.

Para os críticos do positivismo, o único instrumental que nos permite fazer isso é uma **"camada fundamental de justiça"** que não podemos recusar caso queiramos definir uma ordem de poder como uma espécie de sindicato de não criminosos. Na medida em que falta à teoria kelseniana tal perspectiva é que podemos dizer que sua concepção de uma teoria do direito científica merece ser criticada.

Para Otfried Höffe, essa camada fundamental que deve fazer parte da definição de direito pode ser encontrada em certas determinações jurídicas, como na proibição do assassinato e do roubo. Por serem fundamentais, tais prescrições se encontram em diferentes amplitudes e intensidades, estando presentes em praticamente todos os ordenamentos. Além disso, elas são "mais antigas que as codificações; e com clara consciência do limite de todo o poder constituinte do direito, elas são assumidas, praticamente sem retoque na primeira codificação do ponto de vista da história e do direito" (HÖFFE, 1991, p. 141).

Se uma sociedade é privada dessa camada fundamental de justiça não podemos mais falar em ordem jurídica, pois ela passa a ser vista por aqueles aos quais ela se dirige simplesmente como uma coerção estranha, como pura violência. Esse é, afirma Höffe, o **argumento decisivo contra uma definição do direito livre de justiça**. Por isso, ao menos nesse nível, "a pergunta de Agostinho deve ser respondida positivamente: sem qualquer justiça, as ordens jurídicas e do estado não são outra coisa senão grandes bandos de assaltantes" (HÖFFE, 1991,

p. 140).

O pós-positivismo surge, então, do assombro que as conclusões positivistas causaram em alguns. Desse pano de fundo, surge a tentativa de se construir uma nova forma de conceber o direito.

4.10.2 O conceito de pós-positivismo

O pós-positivismo é um "novo paradigma concebido, no âmbito da teoria jurídica, de contestação às insuficiências, aporias e limitações do juspositivismo formalista tradicional, que reflete em larga medida uma ideologia jurídica herdada do Estado de Direito do século XIX" (DINIZ e MAIA, 2009, p. 650).

Trata-se, portanto, de um **rompimento** com a conclusão positivista de que **qualquer conteúdo pode ser direito**. Ao reduzir o direito à lei, o positivismo era a expressão jurídica do Estado de Direito Liberal, fundado nos dogmas da segurança jurídica e da separação dos poderes. Nesse contexto, a lei era fruto unicamente do Estado, mais especificamente do poder legislativo, enquanto o juiz nunca criava direito, apenas aplicava a legislação.

O pós-positivismo é uma doutrina que ainda vem sendo desenvolvida. Suas bases encontram-se no pensamento de autores como Gustav Radbruch, John Rawls, Otfried Höffe, Jürgen Habermas, Chaïm Perelman, Carlos Santiago Nino, Neil MacCormick, Ronald Dworkin e Robert Alexy, assim como na hermenêutica filosófica de Heidegger e Gadamer.

O termo pós-positivismo parece ser utilizado indistintamente para se referir a uma série de teorias que têm em comum a rejeição, cada uma a seu modo, de pressupostos do juspositivismo. Assim, encontram-se nesse grupo o chamado neoconstitucionalismo, a nova teoria do direito natural, o neoinstitucionalismo, os *critical legal studies* nos Estados Unidos e as teorias da argumentação jurídica.

No entanto, os autores pós-positivistas, em geral, não deixam de reconhecer que o juspositivismo deu relevantes contribuições ao pensamento jurídico como uma adequada compreensão da norma jurídica, do funcionamento do direito e da importância da segurança jurídica. Demonizar o positivismo jurídico não é a postura mais correta.

O pós-positivismo tem algumas **características básicas** que resumiremos abaixo:

a) Ele discorda do positivismo jurídico quanto à exclusividade das fontes sociais

no direito. As noções morais e as ideias de justiça são também admitidas como fontes do direito.

b) Por conseguinte, o pós-positivismo discorda do positivismo jurídico quanto à separação entre direito, moral e política. Com efeito, **o que existe é articulação entre estes campos do conhecimento**.

c) Assim, a teoria do direito de feição pós-positivista encontra-se conectada com as filosofias política e moral. Isso porque "os problemas de teoria do direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não a estratégias e fatos jurídicos" (DWORKIN, 2002, p. 12). A falta de preocupação com a dimensão valorativa do direito foi o que determinou o fracasso de teorias como o realismo jurídico, que se importavam apenas com o estudo dos fatos.

d) Com relação à finalidade do direito, entende-se que a mola mestra da atividade jurídica deve ser uma aspiração moral, uma pretensão de justiça, ao invés de estar totalmente orientada para a obtenção de êxito ou vantagem.

e) O pós-positivismo dá relevância aos "casos difíceis" (*hard cases*), isto é, casos nos quais os juristas divergirão acerca de direitos e nos quais nenhum deles disporá de qualquer argumento que deva necessariamente convencer o outro. Tais situações implicam um **conflito entre valores** como segurança jurídica e justiça. Em virtude disso, a **doutrina ganha em importância**, pois ela não se presta apenas a descrever o direito em vigor, mas também é uma ferramenta essencial para as decisões judiciais, sobretudo nos casos difíceis.

f) O pós-positivismo realiza uma reabilitação dos princípios. Os princípios são fundamentais na interpretação e na aplicação do direito. Segundo Humberto Ávila (2001, p. 6), tanto a doutrina quanto a jurisprudência atuais são unânimes em afirmar que as normas jurídicas mais importantes de um ordenamento jurídico são os princípios. Defende-se, assim, a **eficácia normativa dos princípios**, os quais podem ser tanto explícitos quanto implícitos. A norma jurídica passa a ser entendida tanto como princípio quanto como regra (norma-princípio e norma-regra).

De acordo com Ávila (2001, p. 7), a doutrina buscou diferenciar os princípios das regras com base em dois critérios. O primeiro refere-se ao **grau de abstração e generalidade da prescrição normativa**, segundo o qual os

princípios se dirigem a um número indeterminado de pessoas e de circunstâncias, enquanto as regras são menos gerais e contêm mais elementos de concretude relativamente à conduta. O segundo critério diz respeito ao **fundamento de validade**. Os princípios são dedutíveis do Estado de direito, ao passo que as regras são dedutíveis de textos normativos.

A concepção pós-positivista difere da jusnaturalista, pois não concebe os princípios como teoremas racionais abstratos, metafísicos e desprovidos de eficácia. Também difere da positivista, pois discorda do entendimento de que os princípios possuem caráter meramente subsidiário e supletivo – de baixa ou nenhuma subjetividade, como se vê no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

O concurso para **Juiz do Trabalho Substituto – TRT 23ª Região** de 2011, na prova discursiva (questão 1), trouxe questionamento sobre o tema acima abordado: "Sob a perspectiva do positivismo e do pós-positivismo, comente acerca da função dos princípios, das regras e normas jurídicas". (Sobre isso, ver ainda a explicação das teorias de Dworkin e de Alexy.)

g) A importância adquirida pelos princípios determina o desenvolvimento de novas teorias sobre a decisão judicial, que dão relevância à ponderação de princípios. É isso o que determina a relevância dada atualmente à razoabilidade e à proporcionalidade.

h) Com base nessas novas teorias, ressalta-se a importância dos processos de aplicação do direito, particularmente da decisão judicial. Se se considera que os princípios inscritos na constituição fazem parte do direito, fica confirmada a prerrogativa de que os juízes detêm capacidade para decidir o que determina a constituição. Isso significa que os juízes têm um papel decisivo no estabelecimento do direito.

i) Finalmente, o pós-positivismo busca um lugar teórico para além do jusnaturalismo e do positivismo jurídico. Dworkin e Alexy, por exemplo, acreditam que suas teorias são uma **terceira via superadora dos paradigmas anteriores**. Não são nem jusnaturalistas, pois se preocupam com a realidade jurídica, nem positivistas, porque se preocupam com a justiça.

4.10.3 A teoria de Ronald Dworkin

Ronald Dworkin busca construir uma **filosofia liberal do direito**. Esse liberalismo, no entanto, possui uma conotação diferente daquela que é dada no Brasil:

> O termo *liberal* não tem nos Estados Unidos a mesma acepção que lhe é atribuída entre nós e na Europa. (...) A corrente liberal, em grande medida identificada com o Partido Democrata, caracteriza-se pela adoção de mecanismos oficiais destinados a promover a elevação dos padrões de renda da minoria que não consegue fazê-lo através do mercado. (New Deal de Roosevelt; Big Society de Lyndon Johnson etc.). Assim sendo, ela mais se assemelha à social-democracia europeia (...) do Partido Social-Democrata Alemão, que rompe com o marxismo e renuncia à sociedade sem classes, se bem que sem abdicar de uma certa *igualdade de resultados* (o compromisso dos liberais é com a igualdade de oportunidades). O *liberal* americano pode, pois, ser qualificado de social-democrata (CARDIM, 2000, p. 5).

Assim, a filosofia do direito de Dworkin preocupa-se especialmente com o **princípio da igualdade**. Disso decorre a concepção moral e política de que está na igualdade o limite que deve ser imposto à liberdade constitutiva da sociedade. Além disso, como todas as pessoas são iguais, todas devem ser tratadas por parte do governo com igual respeito e consideração.

A teoria de Dworkin **se opõe tanto ao positivismo quanto ao utilitarismo** – associados, no ambiente anglo-saxão ao qual ela pertence, sobretudo à filosofia de Jeremy Bentham. O primeiro sustenta que "a verdade das proposições jurídicas consiste em fatos a respeito das regras que foram adotadas por instituições sociais específicas e em nada mais do que isso" (DWORKIN, 2002, p. VII-VIII). O segundo "(...) sustenta que o direito e suas instituições deveriam estar a serviço do bem-estar geral e tão somente isso" (DWORKIN, 2002, p. VIII).

Contra o positivismo e o utilitarismo, **Dworkin defende a ideia de direitos humanos individuais, que faz parte da tradição liberal**. Ele não entende esses direitos individuais como o que os jusnaturalistas chamavam de direito natural, pois não pressupõe que tais direitos tenham alguma característica metafísica especial. Pelo contrário, eles são definidos de modo apenas formal:

> Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano (DWORKIN, 2002, p. XV).

Com relação aos direitos que os indivíduos possuem, Dworkin faz a seguinte distinção:

a) **Direitos preferenciais** (*background rights*), que são a base a partir da qual se justificam as decisões políticas tomadas pela sociedade. Tais direitos, numa teoria liberal como a dele, fornecem o fundamento que justifica proteger o indivíduo das decisões que visam maximizar objetivos políticos, econômicos e sociais numa comunidade. Para Dworkin, esses direitos são antecedentes à legislação, ou seja, existem antes e independentemente dela, não estão necessariamente nas leis nem na Constituição.

b) **Direitos institucionais**, que são assim chamados porque são fruto da ação legislativa do Estado. Eles oferecem uma justificação mais imediata para uma decisão tomada por alguma instituição política específica.

A partir dessa distinção, o autor exemplifica como se dá a relação entre esses dois direitos:

> Suponhamos que minha teoria política afirme que todo homem tem direito à propriedade de outro desde que dela necessite mais. Eu posso ainda admitir que ele não tem um direito legislativo com o mesmo sentido; em outras palavras, eu posso admitir que ele não tem nenhum direito institucional a que a presente legislatura promulgue uma lei que viole a constituição, algo que uma tal lei presumivelmente faria. Também posso admitir que ele não tem nenhum direito institucional a uma decisão judicial que perdoe o roubo. Mesmo que eu faça essas concessões, posso manter minha alegação inicial, argumentando que as pessoas, em seu conjunto, têm uma justificação para emendar a Constituição com o fito de abolir a propriedade, ou talvez para se rebelar e derrubar por completo a atual forma de governo. Eu posso alegar que cada homem possui um direito preferencial residual que pode justificar ou exigir tais atos, mesmo que eu conceda que ele não tem direito a

> decisões institucionais específicas, quando se considera como essas instituições estão atualmente constituídas (DWORKIN, 2002, p. 145-146).

No plano da teoria da norma jurídica, Dworkin elabora uma distinção entre regras e princípios, chamando a atenção para a importância real que estes desempenham nas decisões judiciais, sobretudo nos casos difíceis. Para isso, o autor americano reúne alguns exemplos, dos quais tomaremos a liberdade de escolher um:

> Em 1889, no famoso caso Riggs contra Palmer, um tribunal de Nova Iorque teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar (...), muito embora ele tivesse assassinado seu avô com esse objetivo. O tribunal começou seu raciocínio com a seguinte admissão: "É bem verdade que as leis regem a feitura, a apresentação de provas, os efeitos dos testamentos, e a transferência de propriedade, se interpretados literalmente e se sua eficácia e efeito não puderem, de modo algum e em quaisquer circunstâncias, ser limitados ou modificados, concedem essa propriedade ao assassino". Mas o tribunal prosseguiu, observando que "todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais de common law. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime". O assassino não recebeu a herança (DWORKIN, 2002, p. 37).

Segundo Dworkin, a regra funciona a partir do que ele chama de "**lógica do tudo ou nada**", isto é, "dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão" (DWORKIN, 2002, p. 39). Podemos citar como exemplo de regra o art. 40, § 1º, II da CF/88.

Já o princípio não apresenta consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas. São exemplos disso os art. 3º, III; e 170, VII da CF/88. Assim, os princípios baseiam-se na "**lógica do mais ou menos**", normas que, diferentemente das regras, comportam certa dose de flexibilização, de ponderação.

A distinção entre princípios e regras traz diferenças de operacionalidade que Dworkin explica:

> quando os princípios se intercruzam, aquele que vai resolver o conflito tem que levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. (...) Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras (DWORKIN, 2002, p. 43).

Para o autor, a importância dos casos difíceis (*hard cases*) consiste em mostrar que, quando os juristas raciocinam ou debatem sobre direitos e obrigações relativos a esses casos, eles recorrem a normas que não funcionam como regras, mas operam de modo diferente, como ocorre com os princípios.

Enquanto um modelo que pensa apenas em regras, o positivismo jurídico apresenta um grave defeito. Isto porque ele nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados no direito pelos critérios que não são regras.

A partir da distinção entre **políticas** (*policies*) e **princípios**, Dworkin constrói sua teoria normativa da decisão judicial, chamada por ele de "a tese dos direitos". As primeiras são normas que estabelecem objetivos a serem alcançados – de modo geral, melhorias econômicas, políticas e sociais. Exemplo: devemos reduzir o número de acidentes de automóvel. Os segundos são as normas cuja observância corresponde a uma exigência de justiça, de equidade ou de outra dimensão da moral. Exemplo: ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza.

Para o autor, é **normativamente melhor a decisão suportada por um argumento de princípio**, sobretudo pela igualdade. Isso porque os princípios são mais difíceis de serem refutados, por estarem apoiados em fundamentos mais firmes, como valores morais e de justiça. Já as políticas são mais facilmente refutadas porque dependem da maneira que cada governo considera mais adequada para implementar políticas públicas. Isso pode mudar na medida em que governos com diferentes orientações ocupam o poder (cf. CHUEIRI, 2009, p. 261).

Daí se percebe que Dworkin vê os princípios como a **fonte da justificação moral e política do direito vigente em uma determinada comunidade**. Essa fonte varia de sociedade para sociedade, pois cada comunidade possui suas particularidades. Podemos encontrar, por exemplo, um Estado mais liberal ou menos liberal, uma sociedade mais permissiva ou menos permissiva. Assim um direito liberal aceitará com mais facilidade, por exemplo, o aborto que um direito fundado na moral cristã.

4.10.4 A teoria de Robert Alexy

A teoria de Alexy se opõe ao positivismo ao defender a existência de uma **conexão entre direito e moral**. Essa conexão é percebida na medida em que se constata o papel dos princípios na decisão judicial, sobretudo nos casos duvidosos ou difíceis, que existem em virtude do que Hart (1992, p. 124-132) chama de textura aberta (*open texture*) do direito.

Todo direito positivo apresenta essa abertura, que se mostra por um conjunto de características como o caráter vago da linguagem do direito, a possibilidade de contradições entre as normas, a falta de uma norma na qual a decisão possa ser apoiada e a possibilidade de decidir até mesmo contra o enunciado de uma norma em casos especiais.

Segundo Alexy, o positivismo lida com a textura aberta do direito argumentando que, nos casos duvidosos, o juiz está "autorizado pelo direito positivo a criar um direito novo, fundamentalmente da mesma maneira que um legislador, com base em critérios extrajurídicos. Há mais de cem anos, John Austin formulou essa ideia com as seguintes palavras: até onde se estende o arbítrio do juiz, não há direito em absoluto" (ALEXY, 2009, p. 84).

Contra essa concepção, o autor alemão defende o argumento de que, quando o juiz se depara com as situações de abertura do direito positivo, **ainda assim ele está vinculado a princípios**, o que cria uma conexão necessária entre direito e moral.

A base do argumento dos princípios encontra-se na distinção entre regras e princípios. Segundo Alexy, regras são normas que "em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva" (ALEXY, 2009, p. 85). Por isso, as regras podem ser designadas como **mandamentos que devem ser aplicados na medida exata das suas prescrições e cuja forma característica de aplicação é a subsunção**.

Já os princípios são mandamentos de otimização, isto é, são **normas que devem ser aplicadas na maior medida possível, levando em consideração as possibilidades reais e jurídicas**. Como estas são determinadas não só por regras, mas também por princípios que podem se opor uns aos outros, a forma característica de aplicação dos princípios é a **ponderação**.

A vinculação necessária entre direito e moral é explicada pelas três teses a seguir expostas:

1) Tese da incorporação

Afirma que todo ordenamento jurídico minimamente desenvolvido contém necessariamente princípios, por meio dos quais conseguimos visualizar a ligação entre direito e moral. Tomando como exemplo a constituição alemã, Alexy afirma:

> A lei fundamental, com os princípios da dignidade humana, da liberdade, da igualdade, do Estado de Direito, da democracia e do Estado Social, incorporou ao sistema jurídico da República Federal da Alemanha os princípios fundamentais do direito natural e racional modernos e, por conseguinte, da moderna moral do direito e do Estado como princípios do direito positivo (ALEXY, 2009, p. 86).

O concurso de 2009 da **Procuradoria Geral do Estado de São Paulo** – Procurador de Estado (FCC) trouxe a seguinte afirmação correta: "A positivação da dignidade humana nas Constituições do pós-guerra foi uma reação às atrocidades cometidas pelo regime nazista e uma das fontes do conceito pode ser encontrada na filosofia moral de Kant" (adaptada).

2) Tese da moral

Essa tese visa se opor ao argumento positivista de que a incorporação dos princípios depende tão somente do direito positivo, ou seja, seria sempre uma questão de direito positivo se os princípios criam uma relação entre direito e moral.

Contra tal argumento, Alexy assevera que a presença dos princípios no ordenamento **leva a uma conexão necessária entre o direito e uma moral qualquer**. Isso pode ser visto nos casos difíceis, nos quais precisamos encontrar

uma resposta para um caso concreto, que não pode ser diretamente deduzida das normas existentes.

Assim, o juiz que se encontra nessa situação deverá considerar todos os princípios apropriados se quiser satisfazer a pretensão à correção que toda sentença judicial possui. Nesses princípios, podemos encontrar diferentes concepções morais, por exemplo, mais abstratas, como aqueles da liberdade ou do estado de direito, ou mais concretas, como a proteção da confiança ou do meio ambiente. Além disso, esses princípios podem se distinguir em grande medida com relação ao conteúdo. Daí se percebe que há, no direito, situações nas quais sempre recorremos a uma concepção moral qualquer, seja ela correta, seja ela errada.

3) Tese da correção

Segundo Alexy, a pretensão à correção jurídica, que necessariamente faz parte da ideia de sentença judicial, inclui uma **pretensão à correção moral**. Assim, “nos sistemas jurídicos cujos princípios jurídico-positivos possuem um conteúdo moralmente exigido ou ao menos admissível, existe uma conexão necessária entre o direito e a moral correta” (ALEXY, 2009, p. 93-94).

Isso se dá porque, quando se pensa numa conexão entre direito e moral, diz Alexy, geralmente o que temos em mente é uma conexão entre direito e uma moral correta. Assim, é necessário entender quando temos uma moral correta. Segundo Alexy, a pretensão à correção acontece quando temos uma pretensão à fundamentabilidade, isto é, quando temos uma sentença correta, porque se conforma com uma moral que pode ser racionalmente defendida e que cumpre as exigências da justiça.

Em certa medida, o que se tem é uma concepção formalista do que significa uma moral correta. No entanto, Alexy esclarece que é possível apontar certos conteúdos para tal concepção: “essa ideia não é absolutamente vazia. Sua associação com o direito significa que dele fazem parte não apenas as regras especiais da fundamentação jurídica, como também as regras gerais da argumentação moral, pois o que é possível em termos de correção no âmbito da moral, o é em virtude dessas regras. Nelas fracassam componentes consideráveis de irracionalidade e injustiça” (ALEXY, 2009, p. 97). Isso excluiria do grupo das concepções morais corretas, por exemplo, princípios baseados no racismo, no sexismo ou na escravidão.

No que tange à teoria da decisão jurídica, Alexy busca **dar a ela certos**

parâmetros racionais. Nesse sentido, ele se coloca como partidário da razão prática e em oposição a uma postura irracionalista. Alexy pretende, então, evitar uma postura decisionista, tal como vista em Kelsen ou em Carl Schmitt.

Para o decisionismo, a decisão jurídica não segue parâmetros racionais. Ela é fruto das preferencias morais, ideológicas, emocionais do juiz. Tal postura consiste em afirmar que, em última análise, a decisão judicial não pode ser limitada pela razão, dependendo unicamente da vontade ou das emoções daquele que deve decidir.

Para um partidário do racionalismo como Alexy, a conclusão decisionista leva o direito a um estado de arbitrariedade que não pode ser aceito. Daí a necessidade de se desenvolver uma **Teoria da Argumentação Jurídica**, cujo principal objetivo é fundamentar teoricamente critérios para um sistema de regras do discurso, afastando o arbítrio do direito.

Alexy também desenvolve uma **teoria dos direitos fundamentais**, recepcionando a distinção entre regras e princípios realizada por Dworkin. Sua teoria busca integrar a abordagem do direito constitucional da Alemanha**,** segundo a jurisprudência de seu Tribunal Constitucional, com o desenvolvimento de uma dogmática universal dos direitos humanos.

Segundo Ávila (2001, p. 10-11), o **dever de proporcionalidade** surge da necessidade de solucionar o conflito que existe entre, por exemplo, a proteção da dignidade humana e da esfera íntima de alguém, por um lado, e, por outro lado, o direito de proteção judicial de uma outra pessoa. Tal conflito não se resolve com a primazia imediata de um princípio sobre o outro. A solução para este problema só pode ser dada a partir do conhecimento do caso concreto, em função do qual teremos condições de dizer que, naquelas condições, um princípio se sobrepõe ao outro.

Se há colisão entre princípios que, como vimos, são mandamentos de otimização, que devem ser concretizados na maior medida possível, isso torna necessário o estabelecimento de regras para essa colisão. Tais regras estão fundadas numa ponderação. Isso porque "se há dois princípios em relação de tensão, o meio escolhido deve ser aquele que melhor realize ambos os princípios" (ÁVILA, 2001, p. 11).

É exatamente para realizar tal ponderação que Alexy pensa numa máxima que informa a aplicação dos demais princípios. Tal máxima é chamada de dever de proporcionalidade. De acordo com Ávila (2001, p. 4), o termo

princípio da proporcionalidade, frequentemente utilizado, não é a nomenclatura mais adequada. A proporcionalidade não é um princípio, mas, sim, um **postulado normativo aplicativo**.

Isso significa que a proporcionalidade estabelece uma estrutura formal de aplicação dos princípios. Ela é uma metanorma, isto é, uma norma que estabelece a estrutura de aplicação de outras normas.

O dever de proporcionalidade é constituído por três elementos:

1) **Adequação:** se o meio escolhido para a obtenção de um fim não for adequado, é proibido. Uma medida é **adequada** se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado pretendido.

2) **Necessidade:** se o meio escolhido para a obtenção de um fim não for necessário, é proibido. Uma medida é **necessária** se, dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos.

3) **Proporcionalidade em sentido estrito:** se o meio escolhido para a realização de um princípio significar a não realização de outro princípio, ele é vedado, por excessivo. Uma medida é proporcional em sentido estrito se, relativamente ao fim perseguido, não restringir excessivamente os direitos envolvidos.

Sobre a aplicação da proporcionalidade, ver, por exemplo, HC 76060-SC (STF); ADI 855-2; Representação n. 1077, in: *Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal* 112/34-67. Sobre eles, diz Ávila (2001, p. 12):

> Em todos esses casos, existia um fim objetivamente determinável (prestação jurisdicional, proteção do consumidor e custo do serviço judiciário) e o meio escolhido para sua realização (determinação de perícia, utilização de balança ou instituição de taxa) foi considerado desproporcional, ou porque implicava a não realização de outros princípios (dignidade pessoal, livre exercício de atividade econômica ou universalidade da justiça), sendo por isso excessivo, ou porque também era considerada desnecessária (utilização da balança, p. ex.).

Capítulo 3

Direito e Moral

1. Noções introdutórias

Segundo Robert Alexy (2009, p. 3), a maior polêmica acerca do conceito de direito concerne à relação deste com a moral. Quanto a essa polêmica, o autor alemão identifica duas posições contrapostas: a **positivista** e a **não positivista**.

A primeira defende a tese da separação, afirmando que o conceito de direito deve ser definido sem que se incluam elementos morais. Para os positivistas, não existe nenhuma conexão necessária entre os conceitos de direito e de moral, entre aquilo que o direito ordena e aquilo que a justiça exige, ou entre o direito como ele é e como ele deve ser.

A segunda posição defende a tese da vinculação entre direito e moral, segundo a qual o conceito de direito deve ser definido de modo que contenha elementos morais. No entanto, "nenhum não positivista que deva ser levado a sério exclui do conceito de direito os elementos da legalidade conforme o ordenamento e da eficácia social" (ALEXY, 2009, p. 4). A diferença da segunda posição para a primeira reside na concepção de que, além de fatores reais, também devem fazer parte do conceito de direito elementos morais.

Miguel Reale diz algo similar. Ele observa que direito e moral foram historicamente concebidos pelo pensamento jurídico de duas maneiras diferentes. Ou se entende que não há **nenhuma relação entre eles** (positivismo), ou se entende que ambos estão **conectados de modo finalista**, isto é, certo tipo de valor moral ou concepção de bem seria o fim último do direito.

As normas morais e as normas jurídicas pertencem ao gênero das normas sociais, ou seja, ambas servem para regular a vida em uma comunidade. Embora pertençam ao mesmo gênero, há razões para realizar uma distinção entre elas. Há diferenças que nos permitem afirmar que a norma jurídica é qualitativamente distinta da moral.

Essa conclusão pode levar aos dois posicionamentos citados por Alexy.

Se a norma jurídica é distinta da moral, podemos entender que há uma ligação entre elas ou que tais normas estão completamente separadas. Este tema é objeto de discussão já há mais de dois mil anos sem que um resultado único tenha sido apresentado. Assim, precisamos compreender como a relação entre direito e moral foi pensada ao longo da história.

2. Evolução histórica

Atualmente, o senso comum costuma identificar a fonte única do direito na lei, que é o resultado de um ato positivo de legislação. Da mesma maneira, costuma-se considerar norma jurídica somente o que vier acompanhado de uma sanção. Essas afirmações sobre o direito, que a maioria das pessoas toma como evidentes, quase naturais, nem sempre foram entendidas desse modo.

As primeiras civilizações, por exemplo, compreendiam a lei como a cristalização por hábito de uma prática social. Também a ideia de que uma lei sem sanção é lei imperfeita é um fato historicamente tardio. Em uma sociedade primitiva e comparativamente homogênea, o direito e a moral coincidem (cf. KELSEN, 1945, p. 88).

Nas sociedades primitivas, dominava a **autoridade do costume**, que englobava normas religiosas, morais e jurídicas. O que havia, portanto, era um **único conjunto de regras** que regulava o funcionamento da sociedade, pois esta não pode existir sem que também existam regras. A distinção entre moral e direito nem sequer fazia sentido ou era necessária para as culturas primitivas.

Tal quadro é visto, por exemplo, no chamado Código da Aliança que se encontra na Bíblia (Êxodo, 20-23), que traz um conjunto de prescrições religiosas, morais e jurídicas. Do mesmo modo, a palavra *Dharma* tinha, no direito Hindu, o sentido genérico de dever no qual estavam englobados deveres morais, religiosos e jurídicos.

Esse conjunto de regras, por estar alicerçado em práticas costumeiras ou em crenças religiosas imemoriais, não eram questionadas sobre serem justas ou não, adequadas ou não. Tais regras eram necessariamente consideradas como vinculantes.

Segundo Tércio Sampaio, isso era encontrado também na concepção tradicional de direito da Grécia Antiga: "(...) a lei no direito ático tem, em seu caráter mítico, uma peculiaridade importante. Há na lei ática um pressuposto de bondade intrínseca, manifestado por sua rigidez e imutabilidade" (FERRAZ JR.,

2003, p. 197). Isto implica que no direito ático haja “uma quase impossibilidade da lei iníqua”. Essa presunção de justiça da lei “embaçou entre os gregos a distinção de direito e moral” (FERRAZ JR., 2003, p. 198).

Segundo Giorgio Del Vecchio, entre os grandes pensadores gregos como Platão não há uma nítida distinção entre direito e moral. Característico disso é o fato de que, entre os gregos, a justiça era sempre considerada só pelo aspecto subjetivo, como a mais alta das virtudes. “As normas emanadas do Estado – o direito positivo – são ainda principalmente entendidas como conselhos para o reto viver, para se atingir a felicidade, juntamente com as normas morais” (DEL VECCHIO, 1972, p. 91).

As civilizações antigas, portanto, organizavam sua ordem social **confundindo direito e moral**, considerando que numa única atividade produziam-se prescrições relativas à religião, às boas intenções morais, à educação e à estrita definição das relações sociais.

Para alguns autores, também em Roma a distinção entre direito e moral não foi percebida claramente. Embora tenha sido dito que “ninguém sofre pena pelo simples fato de pensar” (Digesto, 50, 17, 144) e “nem tudo que é lícito é honesto”, os jurisconsultos romanos continuavam a conceber o direito como “a arte do bom e do justo”. E a famosa frase de Ulpiano diz que “Os preceitos de direito são estes: viver honestamente, não lesar outrem, dar a cada um o seu”. A noção romana de direito não se encontrava apartada da moral.

No entanto, a discussão quanto aos romanos terem ou não chegado a uma distinção clara entre direito e moral é questão polêmica, sujeita a diferentes interpretações. Giorgio Del Vecchio adota uma posição intermediária, afirmando que “os romanos conheceram sempre na ordem dos fatos a natureza específica do direito, muito embora nunca se tivessem dedicado a traçar, *ex professo*, a sua distinção teórica da moral” (DEL VECCHIO, 1972, p. 92).

Um terceiro grupo de autores afirma que os juristas romanos, que criaram a ciência jurídica com base nos ensinamentos de Aristóteles, souberam dar ao direito fronteiras precisas que o distinguiam da moral. A análise aristotélica contida em *Ética a Nicômaco*, portanto, teria feito com que o direito conquistasse sua autonomia em relação à moral.

Michel Villey é um dos partidários dessa corrente. Ele explica o pensamento de Aristóteles esclarecendo uma distinção etimológica entre os termos gregos *dikaion* e *dikaiosunê*, que significavam respectivamente justo e justiça; e o termo *to dikaion*, que significava direito. A partir disso, exemplifica

Villey:

> Pago bastante regularmente meu imposto de renda; em outras palavras, não tomo menos do que a parte que me cabe quanto às contribuições às finanças públicas; realizo pois a este respeito o estado de coisa justa (*to dikaion*). Mas talvez eu declare minha renda tão exatamente porque o secretário geral da faculdade a comunica ao fiscal do imposto de renda: não há como trapacear. E supondo que eu me abstenha de pagar na data prescrita, e não estando bem relacionado na secretaria das finanças, não poderei escapar do oficial de justiça. Se tivesse como, eu fraudaria... Assim sendo, você não concluirá que eu seja um dikaios, que tenha a virtude da justiça (*dikaiosunê*). O dikaios seria a justiça em mim, subjetiva; o dikaion é a justiça fora de mim, no real, objetiva: assim entendeu-se durante muito tempo o termo direito. (VILLEY, 2008, p. 70-71)

Nessa concepção, a moral preocupa-se com a virtude subjetiva do indivíduo, prescrevendo-lhe condutas que fazem de alguém um homem justo. Mas da moral se destaca uma outra disciplina, cuja finalidade é dizer o que é justo, **o que pertence a cada um**.

E, mais à frente, diz Villey sobre o direito:

> Sua função não é vigiar a virtude do indivíduo, nem mesmo regular sua conduta. Não importa ao jurista que subjetivamente eu seja honesto e cheio de boas intenções para com as finanças públicas; apenas que meu imposto seja pago; nem mesmo previamente – o que é a função da ciência do direito – que seja descoberta e definida a parte de imposto que me cabe (VILLEY, 2008, p. 72-73).

A partir da Idade Média, a diferenciação entre o que era jurídico e o que se restringia à moral foi gradualmente sendo esquecida e, finalmente, foi substituída por uma concepção que enxergava **o direito absorvido pela moral cristã**. A moral aqui assume formas jurídicas, é quase legalizada (cf. DEL VECCHIO, 1972, p. 93). A obra de Santo Agostinho é a que introduz esse novo momento na relação entre direito e moral: “A lei eterna é a razão divina ou vontade de Deus que procura manter a ordem natural e proíbe de turbá-la” (Agostinho, *Contra Faustum*, XXII, 27. Apud VILLEY, 2009, p. 85).

De acordo com Rémi Brague (2009, p. 280), "Agostinho reinterpreta o pensamento antigo da lei. Ele a remove de seu contexto no Estado romano e faz dela o instrumento de uma relação imediata com Deus situado no plano moral e espiritual, destacando-a de seu papel político".

A partir do século XII, em virtude da recuperação do direito romano realizada pelos glosadores e da restauração da doutrina aristotélica da justiça realizada por Tomás de Aquino, **inicia-se novamente um movimento no sentido de pensar o direito como uma ciência que possui um objeto distinto da moral**.

A chegada da modernidade faz com que a distinção entre direito e moral passe a ser de novo uma questão importante. O mundo havia passado por profundas alterações em relação à ordem medieval. O advento da reforma protestante e o desenvolvimento do Estado Nacional são razões apontadas para uma renovação do interesse pela separação entre direito e moral.

Com a reforma protestante no século XVI, surge na sociedade europeia a necessidade, que em tempos medievais não era tão premente, de **delimitação da zona de interferência do poder público**. A pluralidade religiosa dividiu as sociedades europeias, produzindo um século de guerras civis que só acabaram com uma nova configuração política na Europa, estabelecida com a paz de Westfália.

Tal configuração implicou a delimitação da zona de interferência do poder público, sobretudo em relação à religião de seus cidadãos. Isso só foi possível com a separação entre Igreja e Estado; com a distinção entre mundo jurídico, político, moral e religioso. A partir daí, passa a haver um claro esforço por parte dos intelectuais em separar o que cabia ao direito e o que cabia à moral.

Partindo dessas exigências de ordem prática, Cristian Thomasius formula uma teoria que afirma que o direito é incompetente para assuntos que dizem respeito ao pensamento, à consciência e à religião (cf. DEL VECCHIO, 1972, p. 93).

O surgimento do **Estado moderno** também favoreceu a separação entre os campos da moral e do direito. Esse Estado é uma organização que nasceu com o propósito de monopolizar a aplicação das sanções, diferentemente do que ocorria no passado, em que a aplicação das sanções era fragmentada, e não institucionalizada. Recorria-se à vingança de uma família contra outra, sua rival, ou aos costumes que levavam à ridicularização ou ao isolamento, ou à religião

representada pelo poder dos sacerdotes.

Ao monopolizar a coação, o Estado moderno precisou deixar claro que seu poder não se confundia com os poderes sociais. Era um poder maior, o poder soberano do qual resultava a legislação a ser aplicada pelo Estado.

Na modernidade, portanto, consolida-se novamente a separação entre o campo do direito e o da moral. Kant, por exemplo, em *A Metafísica dos Costumes*, trata da doutrina do direito e da doutrina da virtude, ou seja, da moral.

Mas foi o positivismo jurídico do século XIX que representou **o ápice da separação entre direito e moral**. O direito era visto como o conjunto de prescrições que decorre da vontade soberana do Estado e que não se misturava com noções valorativas como a de justiça, que são essencialmente relativas.

3. Critérios para a distinção entre direito e moral

Para Miguel Reale (1993, p. 621), temos que distinguir direito de moral, mas sem separá-los. Isso porque há uma **unidade fundamental da vida ética**. Direito, moral, religião, economia e política encontram-se interconectados, de modo que cada uma dessas esferas explica e ao mesmo tempo é explicada pela outra.

Ao longo dos séculos, diversos autores pensaram em maneiras que nos possibilitassem distinguir o campo do direito do campo da moral. Veremos, de acordo com Miguel Reale, quais são esses critérios.

3.1 Exterioridade

Este critério foi fruto da teoria de Christian Thomasius, jurista alemão da escola do direito natural. Segundo ele, a ação humana apresenta duas fases diversas: “uma interna, que se passa na vida interior ou no plano da consciência, e outra externa, que se projeta para fora, relacionando-se com outros membros da sociedade” (REALE, 1993, p. 654).

A moral diz respeito a essa primeira fase da ação, pois se desenrola no **foro íntimo** de cada um de nós, encontrando-se no plano da consciência individual, no qual o único juiz da conduta é o próprio agente.

O direito diz respeito ao **foro externo**, porque tem como objetivo regular aquilo que já deixou de pertencer apenas à consciência de alguém, atingindo de modo concreto outras pessoas. Quando isso ocorre, surge a possibilidade de

intervenção do Estado, por meio do direito, buscando harmonizar o agir de um com o agir dos demais.

Tome-se como exemplo o pagamento de pensão alimentícia do filho para o pai idoso. A moral quer saber se o filho pagou a pensão de boa vontade. O direito não se preocupa com isto, quer saber apenas se houve ou não o pagamento.

O critério da exterioridade foi considerado **insuficiente** por deixar de lado a importância que o plano da consciência individual tem para o direito. Com efeito, a intenção do agente é fundamental também no direito. Assim, na interpretação dos contratos, devemos dar mais relevância à intenção neles presente que ao sentido literal da linguagem (art. 112, CC.); os conceitos de dolo e de culpa, fundamentais no Direito Penal, lidam exatamente com a intenção do agente e, portanto, com aquilo que se passou no plano da sua consciência.

No entanto, diz Reale, há um **fundo de verdade** na teoria de Thomasius, o que pode nos levar a uma interpretação mais adequada da exterioridade do direito: "Tanto a vontade exteriorizada, como a intenção, são elementos de que o Direito cuida, mas ao jurista se apresenta, com maior relevo, o momento exteriorizado do ato. (...) Se é exato que o direito também cuida da intenção, cuida muito mais da exteriorização dela" (REALE, 1993, p. 668).

Não é verdade, como já mostramos, que a intenção é irrelevante para o direito. Porém, se formos comparar a atenção dada pelo direito para a exteriorização da ação humana e para aquilo que fica restrito ao plano da consciência, o que se percebe é que o primeiro aspecto tem mais relevância no campo jurídico.

3.2 Autonomia X heteronomia: a contribuição da doutrina moral de Kant

Este critério parte da aceitação da tese da exterioridade defendida por Thomasius, mas que é elaborada de acordo com os pressupostos da filosofia moral kantiana. Segundo Kant, a moral é dotada de autonomia, ao passo que o direito é dotado de heteronomia. A **regra moral é aquela que é posta pelo próprio indivíduo e, portanto, autônoma (***auto* = próprio + *nomos* = lei. Autonomia é literalmente dar a si mesmo a sua própria lei). Aqui é preciso um esclarecimento sobre o significado dessa autonomia:

> Ditar a própria lei, não no sentido de que a lei deva ser materialmente elaborada pelo próprio agente, mas no sentido de que ele a reconheceu,

a tornou sua, em virtude de identificação absoluta entre a vontade pura e o enunciado da regra moral (REALE, 1993, p. 658).

Para o pensador alemão, uma ação somente poderia ser considerada moral se sua causa fosse o respeito pela lei moral, e não apenas a conformidade com ela. Assim, não basta, para que uma ação seja moral, que um indivíduo tenha agido como a lei prescreve, por exemplo, porque temia as consequências de seu descumprimento, mas, sim, que esse indivíduo tivesse agido movido pela intenção de cumprir o que é devido. Só é moral aquela ação que depende apenas de si própria.

No início da *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Kant diz: "neste mundo e até também fora dele nada é possível pensar que possa ser considerado como bom sem limitação a não ser uma só coisa: uma boa vontade" (KANT, 1995, p. 20). As virtudes não são simplesmente boas, pois uma má vontade pode usá-las de modo corrompido. Dessa forma, virtudes como discernimento, capacidade de julgar e autodomínio não bastam por si sós.

Todas as virtudes podem ser usadas para praticar o mal, como no caso de um político extremamente arguto, mas que usa essa argúcia para se locupletar às custas do dinheiro público. Por isso, somente a boa vontade, ou seja, a ação em conformidade com o dever, pode realmente ser considerada boa.

O agir por respeito à lei, que é o que confere à ação seu valor moral, torna imprescindível que o conceito de dever não se fundamente na experiência (*a posteriori*) nem na simples dedução a partir da razão pura teórica (intelectualismo moral), mas na razão pura prática (*a priori*). No entanto, entre a lei e a vontade deve se estabelecer uma determinada relação para que a vontade possa se constituir como vontade moral ou capaz de agir por dever, em respeito à lei. É nesse momento que se faz necessário o **imperativo categórico**.

Se a vontade humana não é, em si mesma, plenamente conforme a razão, uma vez que as inclinações podem maculá-la, sem a figura do imperativo, suas ações de acordo com a lei seriam objetivamente necessárias, mas poderiam ser subjetivamente contingentes. Para que a vontade produza ações subjetivamente necessárias e, portanto, em conformidade com a moral, deve haver um intermediário, que assume a forma de obrigação, transformando a vontade continente em boa vontade.

O imperativo categórico é o elemento que torna possível a relação entre vontade e lei enquanto subjetivamente necessária, na medida em que funciona

como um mediador que guia a primeira em direção à segunda. Como ensina Lima Vaz:

> O imperativo é, pois, a forma racional do dever-ser e determina uma vontade sujeita à obrigação, ou que não é idêntica ao bem, como o é a vontade divina. É, pois uma regra prática que impõe a uma vontade sujeita subjetivamente à contingência, os princípios necessários da razão enquanto razão prática. (...) O imperativo categórico no domínio da moralidade será, pois, o mediador entre a lei e a vontade finita para que essa possa agir por dever, em respeito à lei e, assim, agir moralmente (VAZ, 2002, p. 81).

Por conseguinte, Kant formula o imperativo categórico da seguinte maneira: **"age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal"** (KANT, 1995, p. 59).

O próprio filósofo explica o imperativo com o caso de uma pessoa que se encontra numa situação em que tem a necessidade de contrair um empréstimo, não tem a intenção de pagá-lo, mas se não prometer pagar sabe que não emprestarão o dinheiro. Se decidisse fazer isso, sua máxima seria: quando julgo estar em apuros de dinheiro, vou pedi-lo emprestado e prometo pagá-lo, embora saiba que tal nunca sucederá.

Esta ação, embora possa estar de acordo com o próprio bem-estar dessa pessoa, não estará de acordo com a moral. Isso porque, ao se perguntar o que aconteceria se sua máxima se transformasse em lei universal, essa pessoa veria que ela nunca poderia valer universalmente, uma vez que, se aplicada por todos, ela se contradiria:

> Pois a universalidade de uma lei que permitisse a cada homem que se julgasse em apuros prometer o que lhe viesse à ideia com a intenção de o não cumprir, tornaria impossível a própria promessa e a finalidade que com ela se pudesse ter em vista; ninguém acreditaria em qualquer coisa que lhe prometessem e rir-se-ia apenas de tais declarações como de vãos enganos (KANT, 1995, p. 61).

Para Kant, no campo da ética, agir *a posteriori*, ou seja, com base na experiência ou na sensibilidade, é fonte de erro, pois tal ação invariavelmente cai em contradição quando se tenta universalizá-la. Por conseguinte, somente com

base em princípios *a priori* é possível se proceder moralmente. Portanto, somente se agindo como prescreve o princípio prático supremo da razão, que é o imperativo categórico, pode ser obtida uma ética universal. Tal princípio só é possível na medida em que há um valor absoluto que lhe serve de fundamento.

O fundamento desse princípio é de que a natureza racional existe como um fim em si mesmo, uma vez que "o homem, e, duma maneira geral, todo ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade" (KANT, 1995, p. 69). Como toda vontade dirige-se a um fim, o homem, por ser um ente dotado de razão e liberdade, o que o diferencia dos demais seres vivos, é o único ser no mundo que tem em si mesmo seu próprio fim. Todos os outros seres podem ser utilizados como meio para a consecução das finalidades de outrem. Pelo contrário, um ser racional e livre nunca deve ser tratado como meio para a obtenção de algo, mas sempre como um fim em si mesmo.

Por esta via, Kant chega a um **segundo modo de se formular o imperativo categórico**: "Age de maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio" (KANT, 1995, p. 69).

Essa formulação do imperativo categórico é de grande importância para a **fundamentação dos direitos humanos**, pois estes existem em virtude do fato de considerar-se digna a vida de qualquer ser humano. De forma que, ao agir de maneira que a vida de um ser humano seja utilizada como meio para atingir-se um fim, como no caso do trabalho escravo, esta ação será contra o mandamento do imperativo categórico e, portanto, contrária à noção de dignidade da pessoa humana.

O imperativo categórico é, portanto, a forma *a priori* – pois não pode ser derivado de qualquer peculiaridade – e necessária que a lei moral assume para um ser racional para o qual ela se apresenta como um dever-ser ou uma obrigação. Tal imperativo existe na medida em que é necessário ao exercício do agir moral em todo ser racional.

Dessa forma, Kant executa uma revolução na ética, porque, em sua teoria, a noção de dever prevalece sobre a ideia clássica de virtude. Partindo do conceito de liberdade, a teoria moral kantiana termina com a consagração da ideia de dever como o fundamento da ação moral, pois um ato é moralmente bom se, e somente se, ele for efetuado por dever ou por respeito pela lei.

A ética de Kant é de cunho claramente idealista e, por isso, é sempre

criticada por seu caráter abstrato. Com efeito, o kantismo aprofunda a cisão entre razão teórica e razão prática, na medida em que a condição de possibilidade da primeira se encontra no sensível, enquanto a da segunda no inteligível. É justamente por isso que a condição de existência de sua ciência ética reside no formalismo radical.

Contudo, o pensamento de Kant não pode ser acusado de ingenuidade. Ele tinha plena consciência de que, no mundo do ser, uma ação cujo móbil seja uma boa vontade não se realiza facilmente, e o mandamento do imperativo categórico é frequentemente descumprido. O imperativo categórico era entendido como uma meta a ser atingida, como algo que deveria sempre ser buscado, por isso Kant concebia a imortalidade da alma, pois o progresso em direção à santidade moral não poderia ser atingido na vida terrena.

Tomemos novamente o exemplo do empréstimo: é verdade que muita gente o contrai já com a intenção de não o pagar, mas a afirmação de Kant está no terreno do dever-ser, e não do que é. Para ele, o fato de que na realidade muitas vezes ocorra o contrário do que deva ocorrer não invalida o mandamento moral formulado pela teoria. Em suma, os acontecimentos do mundo do ser não invalidam proposições do dever-ser. Isso porque Kant inaugura no campo do pensamento ético a ideia de que a razão gera e autentica a si mesma (o tribunal da razão é a própria razão).

Outra crítica à ética de Kant diz respeito à sua relação com o problema político. Ao condicionar a ideia de uma comunidade ética ao postulado rigoroso da autonomia do sujeito moral, Kant cria uma ética individualista incapaz de reconciliar ética e política. Como ensina Pierre Hassner:

> A conversão moral da humanidade, que nunca pode chegar a ser certeza teórica ou necessidade mecânica, não pode ser considerada como base para uma solução do problema político. Ademais, a exploração histórica e jurídica do mecanismo das paixões torna impossível uma solução moral do problema humano. (...) A existência de sua doutrina moral o impede de chegar a uma solução do problema político por meio das instituições (HASSNER, 1996, p. 583).

Na medida em que a ética apresenta-se como a verdadeira metafísica kantiana, parece-nos que ela tem dificuldades em lidar com algumas importantes questões atuais, como o aborto, a pesquisa com células-tronco e a justiça social. Estas são questões cuja solução se encontra não só no campo moral, mas

também na ação política.

Tais tipos de problemas, devido ao pluralismo das sociedades democráticas, talvez não possam ser solucionados com uma visão unívoca, como é a autonomia moral, que, por pretender regular tudo na vida, não é capaz de se adequar às sociedades complexas de hoje, compostas por cidadãos livres e iguais, mas que são profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais que, embora possam ser razoáveis, também são incompatíveis.

John Rawls, ainda que fortemente influenciado por Kant, adota uma concepção de **justiça política** e não metafísica (justiça como equidade), que tem como objetivo se mostrar adequada para a conjuntura atual:

> Essa autonomia plena da vida política deve ser distinguida dos valores éticos da autonomia e da individualidade, que podem aplicar-se à vida como um todo, tanto social quanto individual, da forma expressa pelos liberalismo abrangentes de Kant e Mill. A justiça como equidade enfatiza esse contraste: afirma a autonomia política de todos, mas deixa o peso da autonomia ética para ser decidido pelos cidadãos separadamente, à luz de suas doutrinas abrangentes (RAWLS, 2000, p. 123).

Paradoxalmente, ao mesmo tempo que tem sérias dificuldades para reunir ética e política, a doutrina kantiana contém o germe por meio do qual talvez se possa reconciliá-los: a ideia de direitos humanos. Como diz Lima Vaz, em tom de esperança:

> Queremos crer que uma nova forma de comunidade ética na civilização contemporânea, cujos esboços de expressão simbólica têm como fundo a emergência histórica da consciência dos direitos humanos como consciência da humanidade, esteja presente e atuante em nosso mundo, assinalando a crise e o declínio (no próprio paroxismo de sua aparente onipotência) do Estado do poder e impondo a exigência, a um tempo ética e política, da edificação de um autêntico Estado de direito (VAZ, 2002, p. 181).

Sem a base da moral kantiana, que considera todos os homens dotados de uma dignidade insuscetível de avaliação, os direitos humanos ficariam sem um fundamento universal de validade.

A prova discursiva de 2011 do **Ministério Público de Minas Gerais** (grupo temático V, questão 4) cobrou do candidato conhecimento a respeito do Imperativo Categórico: *Características. Fórmulas: básica e secundárias. Críticas e Superação*.

O direito difere da moral porque é dotado de **heteronomia** (*hetero* = outro + *nomos* = lei), isto é, as normas jurídicas não estão submetidas à vontade do indivíduo, elas encontram-se objetivamente diante dele. As normas jurídicas às quais obedecemos não são postas por nós mesmos, mas pela sociedade como um todo. No passado, eram regras que brotavam dos costumes, hoje são as leis emanadas pelo Estado. Em ambos os casos, somos obrigados a obedecer a regras que expressam a vontade coletiva, uma vontade que não se confunde com a nossa.

Além disso, é da essência do direito ser um **instrumento para a obtenção de determinados fins** (segurança, ordem, liberdade), e não um fim em si mesmo, como o é a ação moral na concepção kantiana. Por isso, o direito se contenta com a conformidade exterior à regra.

Nesse sentido, o direito, para Kant, está no campo dos **Imperativos Hipotéticos**, pois estes prescrevem uma ação boa para atingir um fim, e não uma ação boa em sentido absoluto. Este tipo de imperativo prevê uma ação que é cumprida condicionalmente para a obtenção de determinado fim, como na seguinte frase: "se você quiser sarar do resfriado deve tomar Aspirina".

Uma **primeira crítica** que podemos fazer a essa doutrina de Kant é a mesma feita em relação à de Thomasius: nem sempre ao direito basta a conformidade exterior com a regra. Temos demonstrações disso "nas hipóteses de anulação do ato, formalmente perfeito, mas viciado de simulação ou fraude. O sim que o nubente profere perante o juiz de casamentos não tem juridicamente as mesmas consequências, quaisquer que tenham sido os motivos que o ditaram, pois o assentimento pode ter resultado, por exemplo, de coação que invalida o ato" (REALE, 1993, p. 661).

Outra crítica que se faz à concepção kantiana ataca a tese de que a moral é dotada de autonomia enquanto o direito é sempre heterônomo. Argumenta-se que pode haver, e há frequentemente, direito com autonomia. Com efeito, na maior parte das vezes as pessoas agem de acordo com as prescrições jurídicas porque simplesmente consideram que seja a forma correta de agir, e não porque buscam evitar uma sanção ou atingir qualquer outra

finalidade como seu próprio bem-estar. Assim, é possível verificar o direito sendo cumprido simplesmente por dever.

3.3 A coação

A terceira forma de distinguir direito de moral é certamente a mais conhecida. Trata-se da afirmação de que o traço que distingue o direito da moral é o fato de que aquele é dotado de coação ou coerção, enquanto esta não tem a capacidade de coagir as pessoas a cumprir seus mandamentos.

Reale faz um esclarecimento importante sobre o significado dos termos sanção e coação. O primeiro deve ser compreendido como um **gênero** que se refere a medidas utilizadas para **assegurar a execução** das regras de direito. Tais medidas podem ser preventivas, repressivas ou premiais. A **coação** é uma espécie de sanção que se caracteriza **pelo uso da força** para obrigar o indivíduo a praticar certos atos. Apreender os bens de alguém ou privá-lo de sua liberdade são exemplos de coação.

O modo como a coação interfere para diferenciar o direito da moral é compreendido de duas maneiras distintas que serão expostas a seguir.

3.3.1 Teoria da coercitividade

Esta é a teoria que sustenta que **não existe direito sem coação**. Tal concepção é encontrada em Kant:

> (...) o direito estrito se apoia no princípio de lhe ser possível usar constrangimento externo capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com leis universais. Assim, quando se diz que um credor dispõe de um direito de exigir de seu devedor que pague sua dívida, isto não significa que ele pode lembrar o devedor que sua razão ela mesma o coloca na obrigação de fazer isso; significa, ao contrário, que a coerção que constrange a todos a pagar suas dívidas pode coexistir com a liberdade de todos, inclusive a dos devedores, de acordo com uma lei externa universal. Direito e competência de empregar coerção, portanto, significam uma e única coisa (KANT, 2003, p. 78).

Para a teoria da coercitividade, o que diferencia o direito da moral é o fato de que, se uma norma jurídica for violada, haverá uma coação como consequência. Se, por exemplo, um furto é praticado, quem o praticou receberá

uma pena e deverá devolver o objeto furtado ou pagar o valor correspondente.

Já o descumprimento de uma prescrição moral não resultará numa coação. Quem, por exemplo, não é caridoso com um amigo que, em virtude de uma crise econômica, encontra-se na pobreza não está sujeito a uma ação estatal que o obrigue pela força a ajudar esse amigo. A moral, no entanto, é dotada de sanção, pois prevê medidas utilizadas para assegurar a observância de suas regras. Quem descumpre um preceito moral pode ser afastado do grupo, pode ser hostilizado, pode ser ridicularizado etc.

Uma **primeira objeção** contra a teoria da coercitividade é de ordem lógica. Ela reside na conclusão de que a coação não pode ser o elemento constitutivo do conceito de direito, que tornaria possível diferenciá-lo da moral. Isso porque não há como pensar a coação sem a prévia noção do jurídico.

Reale explica que, na ciência jurídica, não podemos confundir a coação com a força; aquela é a aplicação da força legitimada e delimitada pelo ordenamento jurídico: "É a sanção física, ou melhor, a sanção enquanto se concretiza pelo recurso à força que lhe empresta um órgão, nos limites e de conformidade com os fins do Direito. (...) longe de ser a coação a nota determinante do Direito, sem este ela seria logicamente impensável" (REALE, 1993, p. 674).

Uma **segunda crítica** em relação à teoria da coercitividade é a de que, na maior parte das vezes, o direito é cumprido espontaneamente, ou seja, sem que seja necessário o uso da força. São valores religiosos, morais, estéticos, econômicos que nos levam a obedecer ao direito.

3.3.2 Teoria da coercibilidade

À teoria da coercitividade, Reale prefere a teoria da coercibilidade, para a qual o **direito existe sem a coação, sendo esta sempre uma possibilidade dele**. O direito é coercível, isto é, a coação nele não é efetiva, mas potencial. A diferença é sutil, o traço essencial do direito é sua **tendência ao recurso da coação**.

Para esta concepção, portanto, não é correto dizer que a essência do direito está na coação, mesmo porque a coação a todo instante invocada significa antes a morte que a vida do direito. Um direito que, a todo instante, recorre à coação é uma ordem violada a todo momento. Por outro lado, um direito que utiliza eventualmente a coação, porque quando necessário pode se valer dela, é

um direito excepcionalmente violado e, por consequência, geralmente obedecido.

Assim, o direito pode recorrer à coação, mas a existência do direito não depende dela. Uma regra jurídica não se realiza sempre pela força, em grande medida, o que se tem é a sua realização espontânea, graças a motivos ditados pelos interesses dos obrigados. Como diz Reale (1993, p. 655), "a coação sobrevém quando falha o cumprimento espontâneo; o recurso à força é uma segunda instância, um elemento extrínseco ou exterior à regra jurídica, e não um de seus ingredientes essenciais".

A **moral**, por sua vez, é **incoercível**, porque não há nela essa potencialidade de coação. O que diferencia a sanção moral da jurídica é, em primeiro lugar, o **nível de institucionalização** de cada uma. As regras morais não são institucionalizadas, isto é, não estão garantidas pelo Estado. Não há um terceiro que se coloca acima dos indivíduos e que, se necessário for, aplica a lei moral pela força. Nesse sentido, a diferença entre ambas é de ordem qualitativa, pois a coação, que é sempre uma possibilidade no direito, é uma sanção dotada de uma maior força, na medida em que sua execução é garantida pelo Estado.

Em segundo lugar, como o ato jurídico é dotado de **exterioridade**, é possível a interferência do poder público, no sentido de exigir fidelidade a um comportamento ditado pela vida em comum. Isso faz com que, diferentemente da moral, o direito se caracterize como coercível, ou seja, possua a qualidade de ser suscetível de execução pela força física.

3.4 Bilateralidade atributiva

Para Reale, este é o elemento que confere ao direito sua essência. Em virtude de sua natureza social, a existência do ser humano é marcada pelo fato de que os indivíduos estão em constante relação uns com os outros. Como ninguém é capaz de viver em sociedade sem se relacionar com os demais, **toda conduta social do homem é bilateral**.

Assim, para Reale, tanto a moral quanto o direito são dotados de bilateralidade, na medida em que ambos existem em função de relações interpessoais. Contudo, a bilateralidade da moral é diferente da bilateralidade do direito.

Na moral, a bilateralidade depende de uma instância valorativa que reside na pessoa do agente, que é medida do ato, embora deva pôr-se

necessariamente em relação com outrem. A bilateralidade aqui corresponde a uma instância subjetiva. A moral determina que se faça, mas ao destinatário do comando cabe fazer ou não. **Não há faculdade, não há poder de exigir**.

Já o direito é dotado daquilo que Reale chama de **bilateralidade atributiva**. Esta é uma relação objetiva**,** que, como tal, independe da vontade dos sujeitos que dela fazem parte. Assim, "existe conduta jurídica, porque existe medida de comportamento que não se reduz nem se resolve na posição de um sujeito ou na de outro, mas implica concomitante e complementarmente a ambos" (REALE, 1993, p. 692).

O direito, que é, portanto, essa relação objetiva, atua de modo a ligar dois ou mais seres entre si, conferindo ou garantindo a eles, de maneira recíproca ou não, pretensões ou competências. Isto significa que a conduta jurídica não depende nem apenas da perspectiva de um nem apenas da perspectiva de outro dos sujeitos da relação, mas da implicação de ambos.

A relação jurídica, portanto, tem como característica não pertencer unicamente nem ao sujeito ativo nem ao passivo. Ela supera as pessoas de ambos os sujeitos, colocando-se acima deles. O fenômeno jurídico significa, então, sempre a existência de um "nexo transubjetivo, estabelecendo um âmbito de ações possíveis entre ou para dois ou mais sujeitos" (REALE, 1993, p. 686).

Essa objetividade do direito traz como decorrência o que Reale chama de **exigibilidade**, isto é, numa relação entre duas ou mais pessoas, quando ocorre uma falha (voluntariamente ou não), à outra é facultado exigir aquilo que a norma jurídica violada lhe garantia. Assim, da atributividade decorre a exigibilidade e desta, a coercibilidade. O direito é coercível porque é exigível e é exigível por ser bilateral atributivo.

As normas jurídicas ordenam e ao mesmo tempo asseguram o poder de exigir que elas sejam cumpridas. Aí se encontra a diferença entre a simples bilateralidade e a bilateralidade atributiva. Diferentemente das regras morais, nas regras de direito **há faculdade, há poder de exigir**.

Para explicar sua concepção do que faz a bilateralidade jurídica não ser confundida com a moral, Reale menciona o exemplo do filósofo do direito polonês Petrazinski, que viveu no século XIX. A diferença entre a moral e o direito é mostrada pela diferença entre um pedido de esmola por um mendigo e o pedido de pagamento por um serviço de cocheiro.

Petrazinski conta a história de um homem que sai de casa para pegar

uma carruagem que o levará a determinado lugar da cidade, tal como fazemos hoje ao pegar um táxi. No caminho até a carruagem, ele é abordado por um mendigo que lhe pede uns trocados. O pedido não sensibiliza o homem, que segue seu caminho e pega a carruagem. Ao final da viagem, o cocheiro lhe pede o pagamento, que é realizado normalmente.

Reale explica que esse exemplo mostra que o pedido do mendigo encontra-se apenas no plano da moral, pois dar ou não uma esmola depende unicamente da boa vontade da pessoa. É dizer, a relação entre o mendigo e o homem da história não é obrigacional. Nenhum mendigo possui direito a receber esmola.

Por outro lado, alguém que prestou um serviço de transporte, como o cocheiro, possui um direito de receber o pagamento por seu serviço. Este direito está fundado objetivamente no ordenamento jurídico que estabelece entre cocheiro e seu passageiro um nexo de crédito.

Para resumir o que até agora dissemos, transcrevemos abaixo um quadro que expõe os critérios utilizados na distinção entre direito e moral (REALE, 1993, p. 712):

		M
	1) Quanto à natureza do ato	a) Bil b) Vis intenç partin exteri do at

	conteúdo	ou os das p

Capítulo 4

O Conceito de Justiça

1. Noções introdutórias – as origens da ideia de justiça

A pergunta "o que é o direito?" não esgota as indagações filosóficas sobre o fenômeno jurídico. Isso porque, depois de nos perguntarmos sobre o conceito de direito, surge naturalmente uma segunda **indagação a respeito do que deveria ser o direito**. Quais são os princípios que se encontram na base daquilo que chamamos de direito? A pergunta "o que é a justiça?" busca esclarecer isso. A possibilidade de se definir tal ideia e qual seria o seu conteúdo são questões que comportaram também diversas respostas.

O conceito de justiça nasce, no mundo grego, como resultado da especulação filosófica de um grupo que ficou conhecido como os **sofistas**. Esses pensadores inauguraram um **novo eixo no estudo filosófico**. Antes deles, os filósofos se preocupavam tão somente com o conhecimento dos fenômenos naturais e da natureza em si e por isso eram chamados de filósofos da natureza ou filósofos físicos. Os sofistas abandonam esse modo antigo de pensar e se voltam não mais para o conhecimento das estrelas e dos planetas, mas, sim, para o **estudo das coisas humanas**.

Esse deslocamento no objeto de estudo da filosofia fez com que o pensamento se direcionasse, então, para a sociedade, para a política, para tudo que fosse decorrência da atividade humana – e, em última análise, para o estudo do que é o homem em si.

O concurso para **Defensor Público da União** de 2007 (CESPE) traz a seguinte afirmação considerada correta: "Desde o final do século XIX, tem-se observado uma reabilitação da sofística. Historiadores da filosofia, a partir de então, consideram os sofistas fundadores da pedagogia democrática mestres da arte da educação do cidadão".

É nessa busca por compreensão das coisas humanas que os sofistas introduzem a **antítese entre natureza (em grego *physis*) e lei (em grego *nomos*) como meio de reflexão**. Essa antítese implica no fato de que há coisas, como as

estrelas, que existem porque são naturais, e como tais não podem ser alteradas pelos homens; há, por outro lado, coisas, como as leis, que existem porque são fruto da ação humana, são o resultado das convenções entre os homens.

Vejamos o significado de *physis* nas palavras de W. K. C. Guthrie:

> O sentido de *physis* emerge de um estudo dos pré-socráticos. Pode-se traduzir seguramente por "natureza", embora, quando ocorre junto com *nomos*, a palavra "realidade" às vezes tornará imediatamente mais claro o contraste (GUTHRIE, 1995, p. 57).

Com relação ao termo *nomos*, pode-se enumerar dois sentidos mais importantes dados pelos sofistas: a) uso ou costume baseado em crenças tradicionais ou convencionais quanto ao que é correto ou verdadeiro; b) leis formalmente estabelecidas, que codificam o uso correto, elevando-o a norma obrigatória coberta pela autoridade do Estado. Com efeito, embora tenham sido dados esses dois sentidos divergentes, na mente do homem grego tradicional a palavra *nomos* expressava ambas as ideias anteriormente citadas, de modo que "a distinção entre o que é legalmente obrigatório e o que é moralmente certo era de muito menor precisão entre os gregos do que entre nós" (GUTHRIE, 1995, p. 59).

A antítese entre natureza e lei teve um potencial revolucionário na medida em que permitiu o questionamento de uma ordem que, para a cultura grega tradicional, não era permitido questionar. O pensamento tradicional tomava as instituições sociais e políticas como uma ordem dada pelos deuses, que os homens não tinham o poder de alterar. Veja, por exemplo, o fragmento 114 de Heráclito: "(...) todas as leis dos homens se alimentam de uma lei una, a divina; é que esta impera o quanto se dispõe, basta e excede a todas" (HERÁCLITO, 1980, p. 129).

Com a introdução da antítese entre natureza e lei para se pensar as relações humanas, a crítica às explicações tradicionais passa a ser possível. Os sofistas, então, passam a se perguntar se, por exemplo, a escravidão existe por natureza ou por convenção, se o Estado é fruto da natureza ou das convenções humanas, se a monarquia é dada pela natureza ou é criada pelos homens, se as desigualdades sociais existem por natureza ou por convenção.

Os sofistas, portanto, tornaram possível o aparecimento de todo um **relativismo a respeito de concepções éticas**, cuja base era a dúvida sobre a ordem e a estabilidade do mundo físico, pois a divindade como causa havia sido

substituída pelo acaso e pela necessidade natural. Para esse novo pensamento, os padrões de certo e errado não eram mais absolutos. Ao invés disso, resultavam do interesse e da conveniência humana. Por isso, ao tratar da esfera política, Lísias diz: “A primeira coisa a guardar na mente é que nenhum homem é por natureza oligarca ou democrata, mas cada um se empenha para estabelecer a espécie de constituição que seja para sua própria vantagem” (GUTHRIE, 1995, p. 61).

A descoberta da distinção fundamental entre natureza e convenção, obra da filosofia grega, levou ao **surgimento da ideia de direito natural**, o que fez com que a forma tradicional e dominante de conceber o direito fosse posta em dúvida. Quando isso ocorre, **o direito torna-se um problema para os gregos**. Assim, por volta do século V a.C., começa a ser questionada a ideia de que o direito significava a obrigatória e boa tradição, dada à cidade pelos deuses e heróis, por eles protegida e que estava acima do arbítrio da vontade humana e terrena.

Tradicionalmente, o conceito de justiça para os gregos era inseparável do de *nomos*, ou seja, a lei necessariamente continha a justiça. Nesse contexto, ser justo consistia em não transgredir as leis do Estado de que somos cidadãos, Estado este que “estatuía as mais altas exigências com vistas à disciplina e ao domínio de si próprio” (JAEGER, 1986, p. 264) e era sempre legitimado pela divindade. Assim, seja qual for o Estado em que desejamos viver, temos que nos submeter às suas normas.

Essa concepção, porém, passou a ser insustentável para quem adotava as novas análises a respeito da ação humana, na medida em que eles “encaravam as coisas do ponto de vista meramente causal e físico e ofereciam uma contradição constante entre o que o homem deseja e repele por natureza e o que a lei lhe ordena que deseje e repila” (JAEGER, 1986, p. 264). Segundo Jaeger, tal concepção, que considera a lei os grilhões da natureza, acaba por minar o conceito de justiça ideal do antigo Estado de direito.

Nesse sentido, o problema da justiça surge como decorrência da descoberta de que há, de um lado, um direito que é estabelecido pela natureza (direito natural); e, de outro lado, um direito que é fruto das convenções humanas (direito positivo). Eis aí o **problema da relação entre direito e justiça no seu nascedouro**. O tema da justiça surge como decorrência da discussão sobre o significado do direito. A discussão se um direito é justo ou não pressupõe a possibilidade de questioná-lo. Esta possibilidade só surge com a introdução da

antítese entre natureza e lei. Quando esse problema surge na Grécia, surge junto com ele a filosofia do direito.

A partir daí, pode-se questionar se o direito que temos é fruto da natureza ou é fruto das convenções. Se o primeiro não pode ser alterado pela vontade humana, o segundo pode. E mais: se antes o direito era sempre justo, agora surge a necessidade de se identificar o que faz justo o direito. Alguns dirão que justo é o direito que está em conformidade com a natureza, outros vão apontar outras características para que o direito seja considerado justo. A própria noção do que é natureza irá variar. O importante é que a discussão sobre a justiça surge a partir daí.

2. A concepção de justiça dos sofistas

O pensamento sofístico acabou por levar a uma **oposição radical entre *nomos* e *physis***. A lei convencional parecia-lhes constituir o contrário da ordem natural. Assim, puseram-se a ensinar o desprezo às leis.

Para os sofistas, com exceção de Protágoras, as leis escritas positivas não possuíam nenhuma qualidade que nos obrigasse à obediência. Assim, passou-se a **atacar o *nomos*, por considerar que este restringia indevidamente a *physis***. No entanto, nunca houve uma homogeneidade de pensamento entre os sofistas, de modo que, entre esses autores, podemos encontrar modos diferentes de elaborar a prevalência da natureza.

Segundo Werner Jaeger, muitos sofistas, “ao invés de admirarem a igualdade geométrica, defendiam a desigualdade fundamental dos homens e faziam deste dado ponto de partida para a sua concepção do direito e do Estado” (JAEGER, 1986, p. 260). Cálicles, retratado por Platão no *Górgias*, é o mais notório representante desse pensamento, considerando as leis positivas o cúmulo da injustiça. Diz ele:

> Nós moldamos os melhores e mais poderosos de nós, pegando-os jovens como filhotes de leão, e, por feitiços e encantamentos, fazemos deles escravos, dizendo que devem ficar contentes com a igualdade e que isso é o correto e o justo. Mas, se surge um homem dotado de uma natureza suficientemente forte, ele irá livrar-se de todos esses controles, romper suas correntes e libertar-se. E, pisando nos nossos papéis, nos nossos feitiços e encantamentos e em todas as nossas convenções contrárias à natureza, ele, que foi nosso escravo, levanta-se e aparece como senhor

nosso: é então que brilha em todo o seu esplendor o direito da natureza (PLATÃO, 2002, 483e-484a).

O direito da natureza, portanto, se opõe ao direito do homem, que, para Cálicles, era uma limitação artificial organizada pelos mais fracos para atar as mãos de seus senhores naturais, os mais fortes, e submetê-los à sua vontade. **Era a ordem estabelecida pela natureza que deveria prevalecer**, e não uma espécie de conspiração daqueles menos dotados a fim de restringir os naturalmente melhores.

Outra análise presente entre os sofistas buscava se ligar exclusivamente aos fatos e declarava que os mais poderosos sempre levam vantagem sobre os mais fracos, dando o nome de lei e justiça a qualquer coisa que estabeleçam em seu próprio interesse. O relato da Guerra do Peloponeso feito por Tucídides expõe magnificamente o **espírito realista** que tomou conta do mundo grego no contexto da guerra que assolou a Hélade por trinta anos.

Tucídides mostra como, em lugar de apelar ao direito, à justiça e a outros padrões morais normalmente aceitos, as relações entre os Estados gregos na época da grande guerra eram marcadas por **referências ao interesse próprio e ao poder**. O exemplo mais notório do realismo amoral é o debate entre os enviados do império ateniense e os habitantes da pequena ilha de Melos, a qual os atenienses queriam forçar a entrar em sua confederação.

Os atenienses começam dizendo que não recorrerão a argumentos morais nem esperam que os habitantes de Melos o façam, pois ambos sabem que os padrões humanos de justiça dependem de igualdade de poder. Quando não é assim, os fortes fazem o que bem entendem e os fracos se submetem.

A doutrina exposta pelos sofistas, porém, é paradoxal. Funda-se num erro que alguns autores denominam de **falácia naturalista**, "que consiste em elevar indevidamente o que é à categoria do que deve ser; ou dito de outro modo, consiste na incorreta transposição dos fatos ao plano da regra de moral e de justiça" (HERVADA, 1996, p. 45).

Tal postura dos sofistas foi objeto de questionamento em prova do concurso da **Defensoria Pública da União** de 2010: "De acordo com os sofistas, o direito natural não se fundava na natureza racional do homem, mas, sim, na sua natureza passional, instintiva e animal". O item está correto.

3. A concepção socrática de justiça

Sócrates refutou as ideias dos sofistas. Ele ensinou, com seus discursos e com sua própria morte, o respeito às leis atenienses.

Sócrates se opôs à adesão ao relativismo realizada pelos sofistas. Para ele, o filósofo era capaz de atingir a verdade sobre coisas e ideias que desejava conhecer. Por isso, muitos autores afirmam ter sido de Sócrates a criação da ideia de conceito, isto é, de uma definição verdadeira de algo. O filósofo ateniense andava pelas ruas de sua cidade indagando seus compatriotas sobre a definição de piedade, de amizade, de amor, de justiça. Por meio desse diálogo, ele esperava atingir a verdade sobre as coisas.

Diferentemente dos sofistas, **Sócrates associa o justo ao legal, já que é justo aquele que obedece às leis de sua cidade**. Portanto, a ideia socrática de justiça significa respeito e obediência às leis. Isso é visto no diálogo travado com Hípias:

> — S. (…) digo que justo é o que é legal.
>
> — H. Queres dizer, Sócrates, que legal e justo sejam uma só e mesma coisa?
>
> — S. Sim.
>
> — H. Então não sei o que entendes por legal e justo.
>
> — S. Conheces as leis do Estado?
>
> — H. Conheço-as.
>
> — S. Que são elas?
>
> — H. O que de comum acordo decretam os cidadãos estatuindo *o* que deve e o que não deve fazer-se.
>
> — S. Portanto, legal é o que se conforma com esses regulamentos políticos, ilegal o que os transgride.
>
> — H. Muito bem.
>
> — S. Ser justo é obedecer-lhes, injusto desobedecer-lhes.
>
> (…) — H. Mas como, Sócrates, emprestar valor ou crer que se deva obedecer às leis, quando muitas vezes aqueles mesmos que as elaboraram as condenam e derrogam?
>
> (…) — S. Censurar os que obedecem às leis porque podem ser revogadas não é o mesmo que condenar os soldados que bem se portam na guerra porque pode concluir-se a paz? Desgabas os cidadãos que, nas

> guerras, defendem corajosamente a pátria?
> — H. Não, por Júpiter!
> — S. (...) Eis-te provado, Hípias, ser o legal e o justo uma única e mesma coisa. Se não estás de acordo, dize-mo.
> — H. Por Júpiter! Sócrates, como poderia eu discrepar do que acabas de dizer da justiça?
> — S. Conheces, Hípias, leis não escritas?
> — H. Sim, aquelas que em toda parte vogam e têm o mesmo objeto.
> — S. Di-las-ás estabelecidas pelos homens?
> — H. Como, se nem todos os povos vizinham nem falam a mesma língua?
> — S. Quem imaginas, então, formulou tais leis?
> — H. Acho que foram os deuses que as inspiraram aos homens. Porque entre todos os povos a primeira lei é respeitar os deuses.
> — S. (...) Crês, pois, Hípias, que os deuses estatuem leis justas ou que possam instituí-las contrárias à justiça?
> — H. Não estabelecessem os deuses leis justas e ninguém as estabeleceria.
> — S. Logo, Hípias, os próprios deuses querem que o justo seja o mesmo que o legal (XENOFONTE, 1987, p. 161-165).

O pensamento platônico e, sobretudo, o aristotélico constituirão a base sob a qual a justiça passará a ser pensada nos próximos séculos. No entanto, ambos são devedores de Sócrates, que inaugura uma tradição filosófica oposta à sofística.

Como observa Michel Villey, "(...) nem Platão nem Aristóteles consentiram em opor a lei escrita à natureza: é verdade que a lei escrita pode divergir da lei natural, mas não é seu contrário; digamos que deriva dela. Constitui a parte dos homens (assim como a arte dos homens é imitação da natureza), uma tentativa de exprimi-la" (VILLEY, 2008, p. 408).

4. A concepção platônica de justiça

Platão viveu a época em que as novas ideias do naturalismo sofista ganharam grande repercussão, produzindo uma série de pensadores que criticavam a concepção tradicional de lei e de justiça. É em direção a essas ideias que ele dirige sua crítica, ao buscar reconstruir o ideal de um Estado justo

sobre fundamentos mais firmes.

Ao seguir a orientação dada à filosofia por Sócrates, colocando-se em oposição à sofística, que atribuía à justiça um caráter relativo, Platão busca resolver o problema do justo investigando qual seria sua essência, de modo que se tornasse possível defini-la corretamente. Dessa forma, o mestre grego foi buscar, na ética, "determinações constantes, por detrás das palavras e opiniões sobre justo e bom, por uma concepção permanente quanto ao conteúdo" (COING, 2002, p. 31).

A explanação platônica da justiça começa no Livro I da *República*, discutindo, ao modo do Sócrates platônico, algumas opiniões sobre o justo. Polemarco, personagem da obra, sintetiza o que seria o justo utilizando-se da definição, já tradicional na época, dada pelo poeta Simônides: "É justo restituir a cada um o que se lhe deve" (PLATÃO, 1980, 331e). Polemarco interpreta essa sentença do seguinte modo: dar a cada um o que é seu consiste em fazer bem aos amigos e mal aos inimigos, pois deve se restituir o bem àqueles que nos fazem o bem e o mal àqueles que nos fazem o mal.

Sócrates refuta Polemarco introduzindo o conceito de **virtude (*areté*) relacionado à justiça**: "Quando se faz mal a cavalos, eles se tornam melhores ou piores? Piores. Em relação à excelência ou virtude dos cães ou à dos cavalos? À dos cavalos" (PLATÃO, 2002, 335b). Assim, também quando se faz mal aos cães eles se tornam piores com relação à virtude dos cães. Com os homens, diz Sócrates, ocorre o mesmo, pois, se lhes fazemos mal, eles se tornam piores em relação à virtude humana.

Se **a justiça é a virtude específica do homem** e, fazendo mal aos homens, os tornamos mais injustos, ao fazer isso o justo estaria tornando outrem injusto por meio da justiça, o que é incompatível com a natureza da justiça como virtude. Logo, conclui Sócrates, **fazer mal, mesmo que seja a um inimigo, não é ato do homem justo, mas, sim, do injusto.** Aí está a raiz da concepção, ainda vigente entre nós, de que é moralmente superior sofrer que praticar o mal.

Após Sócrates examinar e concluir pela insuficiência da explicação de Polemarco, surge na discussão o sofista Trasímaco. Ele diz que a justiça, em todos os lugares, não consiste em outra coisa senão na conveniência do mais forte. Como quem é mais forte é também quem governa, cada governo estabelece as leis de acordo com a sua conveniência.

Obedecer às leis ou ser justo não é necessariamente vantajoso para os

governados. Já do ponto de vista dos governantes, a justiça simplesmente não existe, pois eles prescrevem as leis com uma preocupação exclusiva em seu próprio benefício. Assim, argumenta Trasímaco, o homem justo está por toda parte submetido ao injusto, de modo que há infinitamente mais vantagens em ser injusto que em ser justo.

Esse argumento, porém, é desmanchado por Sócrates na medida em que ele mostra que, **numa coletividade, ser justo é não só mais vantajoso do que ser injusto – é, em verdade, necessário**. Como diz Leo Strauss:

> A posição de Trasímaco ou de qualquer outro homem de sua índole, tanto diante dos governantes quanto diante dos governados, é precisamente a do pastor com respeito aos proprietários e às ovelhas: Trasímaco pode obter um benefício da ajuda que presta aos governados (...) somente se é leal com eles, se desempenha bem seu trabalho, se cumpre com sua parte do trato, se é justo (STRAUSS, 1996, p. 49).

Nesse sentido, vê-se que a ação justa de um homem é boa não só para os demais, mas também para si mesmo. Sócrates faz Trasímaco tomar consciência dessa **necessidade comum, a necessidade da cooperação**, a que todos os seres humanos, até mesmo os bandidos, estão submetidos: "todos necessitam de ajuda nas suas empresas, por mais injustas que sejam, pois nenhuma associação pode durar se seus membros não praticarem a justiça entre si" (PLATÃO, 1980, 351c-352c). Platão utiliza a palavra justiça aqui no sentido de cooperação. Para que uma sociedade possa existir, as pessoas devem cooperar entre si, pois todos necessitam da ajuda de alguém.

No entanto, nem essa refutação do pensamento de Trasímaco deixa Sócrates satisfeito. Assim, para melhor precisar o que é a justiça, num dado momento do diálogo, Sócrates se dedica a discutir, junto com Gláucon e Adimanto, **como fundar uma cidade que seja justa**.

Para Leo Strauss, tal procedimento justifica-se porque a obediência às leis não é uma coisa incondicionalmente boa, pois elas podem ser más. A justiça só será boa, então, em uma cidade boa, na qual as leis são, por conseguinte, um espelho da cidade. Como Sócrates diz não conhecer nenhuma cidade real que seja boa, ele se vê obrigado a fundar uma cidade que o seja.

Além disso, para Platão a cidade é o espelho do homem, pois o que vemos nela não é senão uma reprodução aumentada da alma humana. Por isso,

numa cidade ideal e num homem bom encontraremos a virtude da justiça, que é exatamente o que falta na cidade imperfeita ou no homem mau.

Daí porque, explicam Reale e Antiseri, Platão afirma no livro IX da *República* que "pouco importa se exista ou possa existir tal cidade; basta apenas que cada um viva segundo as leis dessa Cidade, isto é, segundo as leis do bem e da justiça. Desse modo, antes mesmo de realizar-se na realidade exterior, isto é na história, a Cidade platônica realiza-se no interior do homem" (REALE e ANTISERI, 2007a, p. 165).

É, portanto, no exame do que seria a cidade ideal que surge o **conceito platônico de justiça**. **Ele se expressa pela fórmula "fazer cada um o seu"**, que é a interpretação platônica da tradicional definição do justo como "dar a cada um aquilo que é seu". Com isso, Platão quer dizer que a justiça se realiza na medida em que cada indivíduo desempenha uma atividade e ocupa uma posição na sociedade de acordo com a natureza preponderante da sua alma.

Assim, ao saber o que é a justiça na cidade, podemos também identificar o homem justo:

> Logo, segundo julgo, ó Gláucon, diremos que o homem justo o é da mesma maneira que a cidade é justa. (...) Mas decerto não esqueceremos que a cidade era justa pelo fato de cada um executar nela a sua tarefa específica, em cada uma das suas três classes (PLATÃO, 1980, 441d).

A cidade platônica se baseia no princípio de que **cada homem deve executar um ofício específico conforme a aptidão manifestada por sua alma**, pois "cada um de nós não nasceu igual a outro, mas com naturezas diferentes" (PLATÃO, 1980, 370b). Assim, por exemplo, enquanto os soldados, por possuírem a virtude da coragem, são os artífices da liberdade do Estado, os filósofos, por possuírem a sabedoria, são os artífices das virtudes da comunidade.

A cidade justa, portanto, é aquela na qual cada pessoa tem um só ofício, que, por ser o ofício adequado, é realizado corretamente e com plena dedicação, isto é, "sem pensar em seu próprio benefício e só para o bem dos outros e ou para o bem comum" (STRAUSS, 1996, p. 48).

Para Platão, o problema da justiça é equacionado a partir da noção de virtude, pois o Estado deve atribuir a cada um dos indivíduos que compõem uma comunidade funções adequadas às virtudes que neles preponderam. Haverá

justiça no Estado que for ordenado dessa forma.

A explicação platônica da justiça, no entanto, **vincula-se muito mais à moral do que ao direito**, pois consiste na busca por uma ordem harmônica na cidade, obtida quando cada uma de suas classes se dedica à sua própria função. Como a cidade é o espelho da alma, a virtude pessoal é a harmonia entre cada uma das partes da alma do homem. Essa concepção de justiça, então, "não se refere à ação exterior do homem, mas à interior sobre si mesmo e às coisas que há nele" (HERVADA, 2008, p. 70).

Por outro lado, a teoria platônica da justiça possui **enorme importância na história do direito**, na medida em que é o ancestral de muitas doutrinas revolucionárias, utópicas e de todas as doutrinas caracterizadas por fortes exigências ideais (cf. VILLEY, 2009, p. 37). Visões como a da Utopia de Thomas Morus ou do Socialismo de Fourier derivam do idealismo platônico.

5. A concepção aristotélica de justiça

Em parte seguindo a tradição platônica e em parte a rejeitando, Aristóteles realiza uma exposição sobre a justiça que **se tornou clássica**, tendo sido a palavra definitiva a respeito do assunto durante muitos séculos. Atualmente, apesar de ter encontrado concepções rivais, as ideias de Aristóteles encontram-se ainda de pé. Desse modo, ninguém que se proponha a estudar filosofia do direito pode negligenciar a doutrina aristotélica.

No livro V da *Ética a Nicômaco*, o filósofo desenvolve a parte fundamental de sua teoria da justiça. Embora ele tenha aceitado o ensinamento de Platão sobre considerar a justiça como uma virtude, recusou a teoria platônica das ideias, que postulava a existência de um bem universal enquanto ideia ontologicamente transcendente, que constituía o fundamento da ação virtuosa (cf. ARISTÓTELES, 1999, 1096a-1097a).

Assim, ao invés de partir de uma ideia do bem, as investigações éticas, bem como as jurídico-teóricas de Aristóteles, partem da "pergunta pelo objetivo maior que vale para o homem como ser racional" (COING, 2002, p. 36). Tal objetivo é encontrado na felicidade. Ora, diz o filósofo, se a função própria do homem, isto é, a função que o diferencia dos outros animais, é uma atividade da alma por via da razão e conforme a ela, o bem para o homem vem a ser o exercício ativo das faculdades da alma de conformidade com a virtude, exercício este que deve estender-se por toda a vida, já que "um dia só, ou um

curto espaço de tempo, não faz um homem bem-aventurado e feliz" (ARISTÓTELES, 1999, 1098a). Para Aristóteles, portanto, a virtude se identifica com a felicidade, já que esta consiste em uma atividade de acordo com aquela.

Fica evidenciado, portanto, o **caráter eminentemente prático da ética aristotélica**. Ao discernir entre dois tipos de virtude, a intelectual e a moral, Aristóteles afirma que, enquanto a primeira deve seu nascimento e seu crescimento à instrução, a segunda é produto do hábito, e não de uma disposição da alma, como em Platão.

Não adquirimos a virtude moral por natureza. Esta nos dá somente a capacidade de recebê-la, ao passo que o hábito é que faz com que essa faculdade possa ser aperfeiçoada. Adquirimos as virtudes, portanto, quando efetivamente as praticamos, e nisso elas se assemelham às artes.

A justiça, para Aristóteles, como todas as outras virtudes, **consiste em buscar o meio-termo**, o equilíbrio, e em evitar os excessos. A coragem, por exemplo, é uma virtude porque é o meio-termo entre, num extremo, a covardia e, noutro extremo, a inconsequência. Corajoso não é nem o soldado que, ao ver o inimigo, entra em pânico, larga seu escudo e foge nem o soldado que, vendo o exército inimigo do outro lado, vai confrontá-lo sozinho. Corajoso é aquele que fica no campo de batalha para enfrentar o exército inimigo junto com seus companheiros de arma.

Aristóteles divide a justiça em duas classes: a universal, ou em sentido *lato*, e a particular, ou em sentido estrito. O filósofo explica que o motivo para fazer essa diferenciação é percebido na medida em que cada forma de justiça tem a injustiça que lhe corresponde.

O primeiro tipo de injustiça ocorre quando as pessoas agem com deficiência moral, isto é, desrespeitam a norma que prescreve o agir virtuoso. Aqueles que assim se comportam, diz Aristóteles, embora ajam realmente de forma errada, não são ambiciosos, como é o caso do "homem que em combate se desvencilha de seu escudo por covardia, ou que fala asperamente por irascibilidade, ou que deixa de ajudar financeiramente um amigo por avareza" (ARISTÓTELES, 1999, 1130a).

Já a segunda espécie de injustiça encontra-se nas ações daquelas pessoas que Aristóteles chama de ambiciosas, que, ao buscarem receber mais vantagens que os outros, não mostram, na maioria das vezes, qualquer uma das formas de deficiência moral que caracterizam a primeira injustiça – e muito menos todas

juntas –, mas certamente mostram “alguma espécie de maldade” (ARISTÓTELES, 1999, 1130b).

Assim, desses dois modos de agir originam-se duas formas de injustiça, cada uma ligada a uma causa diferente. Ao injusto no primeiro sentido Aristóteles chama de **ilegal**, ao passo que ao injusto no segundo sentido ele chama de **iníquo**. Ora, se a injustiça se divide em universal e particular, a justiça também será classificada dessa forma.

O primeiro tipo de justiça, portanto, é a que Aristóteles chama de **universal**. O justo, nesse sentido, corresponde ao que **está de acordo com a lei**, enquanto o injusto é o contrário à lei.

Para Aristóteles, **as leis determinam certos comportamentos virtuosos**, como coragem (não desertar de nosso posto nem nos desvencilharmos de nossas armas), moderação (não cometer adultério nem ultrajes) e amabilidade (não agredir os outros nem falar mal deles), **assegurando, assim, o bem comum da cidade**. A justiça, nesse sentido mais geral, “é o que produz e o que conserva a felicidade para a comunidade política e, por isso, é virtualmente idêntica ao respeito à lei” (LORD, 1996, p. 131).

Nesse sentido universal, ensina Michel Villey, dizer que alguém é justo é **exprimir em geral sua superioridade moral**. Assim ocorreu, diz o mestre francês, com pessoas como o general ateniense Aristides, que foi condenado ao exílio por ter o “defeito” de ser justo; ou com Noé, que foi poupado do dilúvio porque era justo (cf. VILLEY, 2008, p. 59).

A justiça no sentido universal, portanto, **exprime a conformidade da conduta de um indivíduo com a lei moral**. O injusto, no sentido universal, é o **ilegal**, porque a lei a que Aristóteles se refere é, ao mesmo tempo, lei moral e jurídica. Não há separação entre esses dois campos. Assim, Aristóteles chama essa justiça de **justiça legal**. Em outras palavras, “se a lei moral comanda todas as virtudes, a justiça é a soma de todas elas, ou a virtude universal” (VILLEY, 2008, p. 59).

“Ser um homem justo significa ser ao mesmo tempo piedoso, corajoso, prudente, temperante, modesto etc.” (VILLEY, 2008, p. 59). Por isso, diz Aristóteles, a justiça universal é a maior entre as virtudes, pois ela é a soma de todas elas: “(…) a justiça é frequentemente considerada a mais elevada forma de virtude, e nem a estrela vespertina nem a matutina é tão maravilhosa; e também se diz proverbialmente que na justiça se resume toda a virtude”

(ARISTÓTELES, 1999, 1130a).

Entretanto, a justiça universal não se confunde exatamente com a plena moralidade, pois se liga de um modo mais estreito à ideia de ordem, de harmonia, de bom relacionamento entre os indivíduos que partilham da vida em comunidade:

> Se dissermos ser Aristides um homem justo, é verdade que isso significa que ele (...) reúne todas as virtudes; mas consideram-se estas virtudes do ponto de vista da vantagem que dela tiram os outros e o corpo social: a coragem, a temperança ou a prudência de Aristides beneficiavam toda a cidade, constituíam-no com relação a ela numa relação justa. Toda justiça é social (VILLEY, 2008, p. 59-60).

Assim, a lei de que fala Aristóteles é tomada num sentido mais amplo como **regra de conduta necessariamente dotada de moralidade, entendida tanto como costume quanto como norma estatal**. Essa é uma característica essencial do significado da lei no mundo grego. Por isso, o termo lei, para Aristóteles, não tem o sentido que lhe atribuímos na modernidade.

Vejamos agora a **justiça particular**. Este segundo sentido de justiça é o que **lida com o problema da divisão dos bens e dos encargos que são decorrência da vida em sociedade**. Com efeito, esta espécie de justiça é a que **se relaciona mais diretamente com o direito**, porque sua aplicação é tarefa jurídica, sendo, em última análise, competência dos juízes. Isso se explica pelo fato de que: "a não ser que se caia no anarquismo e na incoerência, realizar uma divisão no interior de um grupo social só pode ser feito por um órgão público, pelo legislador ou pelo juiz" (VILLEY, 2008, p. 65).

Para Villey, é exatamente a justiça particular que constitui o objeto e a atividade próprios do direito, permitindo a diferenciação deste em relação à moral. Desse modo, Aristóteles teria identificado a particularidade que faz com que possamos diferenciar o direito de outros campos do conhecimento ético.

Aristóteles divide a justiça particular em duas subespécies: **a distributiva** e a **comutativa** ou **corretiva**. **A primeira** manifesta-se na distribuição de cargos públicos, de dinheiro e das demais coisas que devem ser divididas entre os cidadãos que compartilham dos benefícios da vida numa comunidade política.

O concurso de 2011 para **Magistratura do Estado de Santa Catarina**, na prova discursiva teórica (questão 4), pede ao candidato que aborde o *sentido*

estrito de Justiça como valor jurídico-político.

A justiça distributiva se baseia numa igualdade de proporções entre pessoas e bens, de modo que a distribuição justa consiste na **atribuição de partes iguais a pessoas iguais e de partes desiguais a pessoas desiguais**.

O justo, nessa acepção, "é o meio-termo entre dois extremos desproporcionais, já que o proporcional é um meio-termo, e o justo é o proporcional" (ARISTÓTELES, 1999, 1131b). Isso quer dizer que a participação justa a ser recebida por uma pessoa qualquer fica entre uma participação muito grande e uma muito pequena, participações estas que são tomadas em relação ao mérito da pessoa em questão, pois, para Aristóteles, o que é justo em termos de distribuição deve ser analisado de acordo com o mérito de cada um.

Essa distribuição pelo mérito, ou seja, a igualdade, aqui, é questão política, pois cada regime político tem sua noção de mérito, o que faz com que, para os democratas, a distribuição seja de acordo com a condição de homem livre; para os adeptos da oligarquia, de acordo com a riqueza; para os adeptos da aristocracia, com a virtude, e assim por diante.

A segunda espécie de justiça particular é a corretiva. Aristóteles a designa como a **justiça das relações privadas**, a qual adota, ao invés da igualdade proporcional, a aritmética, que é aplicada, então, tanto nas relações voluntárias como nos contratos quanto nas relações involuntárias ou nas delituosas como o roubo ou o assassinato. Para essa justiça, **é irrelevante o mérito** daquele que, por exemplo, ocasiona uma lesão a alguém, pois, como as pessoas são tratadas como iguais, pergunta-se somente se uma das partes cometeu e a outra sofreu a injustiça e se uma infligiu e a outra sofreu um dano.

Assim, se uma pessoa é ferida e a outra fere, temos nessa lesão uma desigualdade, já que o sofrimento está mal distribuído, configurando, desse modo, uma espécie de injustiça. O que o juiz faz é tentar igualar a relação por meio da aplicação da penalidade, subtraindo do ofensor o excesso de ganho, ou seja, não ter recebido nenhum mal, e restituindo à vítima, com uma indenização, uma condição de equilíbrio, uma vez que ela só havia recebido mal. **O igual aqui é o meio-termo entre o ganho e a perda, de modo que a justiça corretiva será o meio-termo entre esses dois elementos**.

Para Aristóteles, as regras de justiça, nos sentidos universal e particular, valem somente para aqueles que se encontram num mesmo parâmetro político. É o que ele chama de **justiça política**, que só existe entre "as pessoas que vivem

juntas com o objetivo de assegurar a autossuficiência do grupo – pessoas livres e proporcionalmente ou aritmeticamente iguais" (ARISTÓTELES, 1999, 1134a).

Só podemos falar em justiça quando há isonomia, ou seja, quando os cidadãos da *polis* podem mandar e obedecer ao mesmo tempo. Por isso, para Aristóteles, não pode haver justiça política, por exemplo, entre o senhor e o escravo ou entre o pai e seu filho enquanto este não adquire uma certa idade, pois não há nessas relações a aludida isonomia.

A teoria da justiça aristotélica, portanto, **está fundada sobre o princípio da igualdade**. Assim, na justiça particular, a igualdade proporcional é o traço distintivo da justiça distributiva, enquanto a igualdade aritmética caracteriza a justiça comutativa. Já a justiça universal funda-se na igualdade de condições existente na cidadania, ou seja, na dupla capacidade de participar do governo e de ser governado.

Embora a igualdade apresentada na *Ética a Nicômaco* seja o sustentáculo da noção aristotélica de justiça, o estudo do justo não termina nessa obra. Sua análise ainda necessita de um complemento, encontrado na *Política*. Nesta obra, Aristóteles diz que, apesar de os princípios éticos estabelecidos para tratar da justiça explicarem "o que é a justiça e a quem ela se aplica, e que ela deve ser igual para pessoas iguais" (ARISTÓTELES, 1997, 1283a), **ainda resta a dúvida: igual em que e desigual em quê?** Eis aí, diz o filósofo, uma dificuldade que requer o **auxílio da filosofia política** (ARISTÓTELES, 1997, 1283a). Se, para ele, o conceito de justiça varia de acordo com a forma de governo adotada pela comunidade, é, portanto, a filosofia política que tornará possível dizer o que é justo em cada um desses regimes.

Não obstante a igualdade forneça a base sob a qual é possível analisar a justiça como um todo coerente, **ela não é capaz de levar a teoria aristotélica a um acabamento**. A igualdade não é um dado da experiência, uma vez que a percepção das coisas e dos homens no mundo nos mostra a existência de uma profunda desigualdade. A igualdade, diz Tércio Sampaio, "não passa de uma abstração a partir de uma desigualdade dada" (FERRAZ JR., 2003, p. 205). É o caso, por exemplo, da justiça corretiva, que se estrutura a partir de uma proporção aritmética, pouco importando a condição dos homens.

Desse modo, como princípio que informa toda a análise aristotélica da justiça, a igualdade, não obstante, permanece no plano da abstração e, por isso, não pode ser seu princípio exaustivo, mas apenas específico. A **equidade**, assim,

é a última peça necessária para se completar a teoria aristotélica da justiça. Ela não é o justo segundo a lei, mas, sim, **o justo na concretude**.

Para Aristóteles, a justiça não é apenas o acordo com as regras de conduta determinadas pela lei e pelo costume, mas, sim, uma atividade que leva, de fato, a uma situação justa. Nessa atividade, o juiz não é o que tem a posse da justiça; é aquele que a faz atuar, ligando-a a uma pessoa. A justiça é, portanto, além de um hábito, um ato, que na teoria aristotélica está necessariamente ligado ao conceito de equidade.

Se a justiça é a virtude cujo sentido estriba em atualizar a igualdade, a equidade é a forma atualizadora da justiça, pois, ao completá-la, possibilita-nos chegar ao que é efetivamente justo. O **preceito básico do direito justo** é, então, a equidade, pois, na medida em que ela é o justo na concretude, torna possível que a justiça se revele em sua atualidade plena.

O concurso para a **Defensoria Pública do Estado de São Paulo** de 2010 traz a seguinte afirmação correta (adaptada): Ao comentar a doutrina aristotélica da justiça, Tercio Sampaio Ferraz Jr., em sua obra *Estudos de filosofia do direito*, indica que a equidade seria o "preceito básico do direito justo, pois só por meio dela a justiça se revelaria em sua atualidade plena". A equidade também pode ser definida como "uma feliz retificação do justo estritamente legal" ou ainda "o justo na concretude".

A ação justa para Aristóteles é um meio-termo entre ter demais aquilo que é desejável e ter muito pouco aquilo que é nocivo. Contudo, a obtenção desse meio-termo "não pode ser determinada *a priori*, de uma só vez, mas se identifica com uma atividade perpétua, sempre renovada, a cada caso concreto" (FERRAZ JR., 2003, p. 206).

6. A definição clássica de justiça

A definição clássica de justiça pode ser resumida na seguinte sentença: "**dar a cada um aquilo que é seu**". Desde Platão, passando por Aristóteles, pelos juristas romanos e por Tomás de Aquino, o pensamento a respeito do que é justo sempre girou em torno dessa frase. Platão diz que o Estado deve dar a cada um conforme sua virtude preponderante. Aristóteles afirma que cada um deve receber conforme o seu mérito ou a sua condição política.

A função de dizer o que é devido a cada um é desempenhada pelos juízes. A esse respeito, diz Aristóteles:

> (...) procuram o juiz no pressuposto de que ele é uma pessoa equidistante, e em algumas cidades os juízes são chamados de mediadores, no pressuposto de que, se as pessoas obtêm o meio-termo, elas obtêm o que é justo. O justo, portanto, é equidistante, já que o juiz o é (ARISTÓTELES, 1999, 1132a).

A frase de Simônides mostrou-se, assim, infalível, pelo menos até a modernidade. Desse modo, os grandes construtores do direito ocidental, **os juristas romanos, adotaram as lições aristotélicas**, construindo o que podemos chamar de concepção clássica de justiça, que prevaleceu na antiguidade e depois foi recuperada no final da Idade Média.

Encontramos no Digesto duas sentenças de Ulpiano que bem resumem esta concepção que associa de modo estreito direito e justiça, direito e moralidade: “Justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o seu direito” (D. 1.1.10pr.) e “Os preceitos de direito são estes viver honestamente, não lesar outrem, dar a cada um o seu” (D.1.1.10.1).

Na Idade Média, o grande continuador dessa tradição foi Tomás de Aquino. O aquinate adota a diferenciação aristotélica entre justiça universal, **a qual denomina legal**, e justiça particular. A primeira visa conduzir ao bem comum. É legal, pois a orientação ao bem comum pertence à lei. A segunda, por sua vez, regula as relações com a pessoa singular, quer se trate de **relações entre a comunidade e o indivíduo** (justiça distributiva), quer se trate de **relações entre pessoas singulares** (justiça comutativa).

Assim, a definição tomista de justiça é a seguinte: “A justiça é o hábito pelo qual, com vontade constante e perpétua, se dá a cada um o seu direito” (AQUINO, 2005, II-II, q.58, a.1, p. 56). Nessa definição, a justiça é considerada em função do direito. É a **virtude de cumprir e realizar o direito**, com o que se percebe a primazia do direito, que aparece como o objeto da justiça, como aquilo para cuja satisfação se orienta a ação justa (cf. HERVADA, 1996, p. 77).

Segundo a concepção clássica, portanto, **o direito é medida da divisão dos bens e seu papel é atribuir a cada um o que é seu**. Michel Villey, partidário dessa concepção clássica, explica que essa definição limita-se a descrever o ofício do juiz:

> Que faz o juiz? Tem diante de si, no início da audiência, litigantes que disputam sobre a atribuição de bens, créditos ou dívidas: um pedaço de

> terreno, uma pensão, a guarda de tal ou qual criança, o estatuto de pai de tal criança, tal função pública. Ele os despede tendo pronunciado a parte de cada um, atribuído a cada um sua coisa. O legislador, que guia o juiz, e portanto contribui com suas leis para a obra do direito, não faz algo diferente. Aristóteles não fez senão descrever a intenção real dos juristas (VILLEY, 2008, p. 66).

A doutrina clássica vê a justiça como uma virtude interpessoal, isto é, ela pressupõe a existência de relações entre as pessoas numa sociedade. As relações sociais fazem com que a justiça seja necessária. Isso porque toda sociedade é um ambiente de escassez, já que os recursos com os quais ela lida são limitados. Há uma quantidade limitada de riquezas, de cargos públicos, de terras, de vagas em universidades públicas, de alimentos, de postos de trabalho. Isso significa que, para viver em sociedade, é necessário que haja distribuição desses recursos. Isso é um problema de justiça. Realizar tal distribuição é função do direito e daquele que o aplica.

7. Divergências sobre o conceito de justiça

7.1 A concepção de justiça em Santo Agostinho

O pensamento de Santo Agostinho constituiu o fundamento a partir do qual a concepção medieval cristã de direito e de justiça foi construída. Tal concepção representou um rompimento com a concepção de justiça que chamamos de clássica, baseada na obra de Aristóteles.

Com sua filosofia impregnada de religião, Agostinho pensa a justiça e o direito a partir de Deus. Desse modo, considera que só a **lei eterna**, a lei que é **razão e vontade de Deus**, é de fato justa. A lei eterna é universal, imutável e fundamento das demais leis, pela qual Deus governa o universo criado como um todo organizado, harmônico, direcionado a seu fim. Em seguida, temos **as leis naturais, que são o reflexo dessa lei eterna.**

A lei de Cristo é, para a doutrina agostiniana, o único guia no que concerne à justiça. A justiça, portanto, é encontrada em mandamentos como "amarás a Deus com toda a tua alma e a teu próximo como a ti mesmo"; "faz ao outro o que queres que te façam". O ideal de Agostinho é que as leis humanas se conformem às leis da justiça cristã.

Segundo Michel Villey (2009, p. 102), na concepção de justiça de Santo

Agostinho, a justiça e o direito **perderam todo aquele caráter objetivo e matemático que tinham em Aristóteles**. Não se trata mais, portanto, da concepção clássica de justiça, mas, sim, de uma visão religiosa da justiça que prevaleceu no mundo medieval até o momento em que Tomás de Aquino restabelece o primado da doutrina aristotélica.

7.2 A modernidade e a justiça

Eventos históricos como o Renascimento, a Reforma Protestante, o desenvolvimento do Estado moderno e o desenvolvimento da ciência moderna produziram uma revolução na qual a forma tradicional de ver o universo, como uma ordem fixa regida por um elemento divino, foi substituída por um novo princípio ordenador, que passava a ser o próprio homem.

Isso trouxe uma **intensa subjetivação de todos os assuntos relativos ao ser humano**, fazendo com que ideias como o bem, a felicidade, a virtude e o amor não fossem mais capazes de conferir à justiça a unidade de sentido e a operacionalidade que costumava ter.

As mudanças trazidas pela modernidade afetaram a relação entre o direito e a justiça de um modo crucial. Com o surgimento do positivismo jurídico, por exemplo, abandona-se tanto a ideia de direito natural quanto a crença de que a lei possa ser confrontada com o problema da justiça. Dessa maneira, passou-se a entender que a função do jurista deveria ser a de resguardar apenas a legalidade, dizendo o que é ou não é conforme o direito. A justiça, nessa visão, não se relaciona com o direito, restringe-se tão somente à moral e à religião.

O projeto político da modernidade apresentou duas objeções contra o discurso da justiça (cf. HÖFFE, 1991, p. 19-23). De um lado, em Maquiavel e Hobbes surge a ideia da comunidade, e a ideia da eticidade regride. O positivismo jurídico adota essa postura, pois, ao rejeitar a crítica da justiça sobre o direito, coloca-se contra a perspectiva ética da ideia de justiça.

De outro lado, desde a Revolução Francesa ganharam força utopias socializantes, que acabaram por reprimir uma crítica filosófica em nome da justiça. Com isso, a ideia de uma dominação justa do discurso tradicional é substituída pela ideia da liberdade de dominação, o que faz com que a filosofia do direito ceda lugar a uma teoria crítica da sociedade. O exemplo mais notório disso é a obra de Marx.

Assim, diz Höffe, tanto o positivismo jurídico quanto o socialismo põem

em dúvida o sentido e a possibilidade de um discurso sobre a justiça. Além disso, em nossas sociedades modernas, cuja ordem jurídica se apresenta como uma trama complexa de regras, instâncias e poderes exclusivamente positivos, o apelo a uma instância crítica suprapositiva, de certa forma, perde sentido. Desse modo, a justiça se tornou algo de utópico para as sociedades da modernidade.

Para nós, a cisão entre direito e justiça causa um gravíssimo problema, já que:

> (...) nenhum homem pode sobreviver numa situação em que a justiça, enquanto sentido unificador de seu universo moral, foi destruída, posto que a carência de sentido torna a vida insuportável. Daí a ideia de que ou o direito é justo ou não há sentido para respeitá-lo (FERRAZ JR., 2003, p. 220).

Ao longo do século XX, tentou-se de várias maneiras equacionar o problema da relação entre direito e justiça. A tese positivista passou a sofrer pesadas críticas, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial.

No Brasil, Miguel Reale criticava a visão unitária do direito, defendida pelo positivismo jurídico em todas as suas versões, por não ser capaz de nos fornecer uma compreensão integral do fenômeno jurídico. Para Reale, esse fenômeno só seria compreendido em sua inteireza quando considerássemos "a sociedade como sua condição, a justiça como seu fim último, a bilateralidade atributiva como sua forma ordenatória específica e o Poder como garantia de sua atualização" (REALE, 1993, p. 703).

Embora saibamos que, privado de justiça, o direito não perde necessariamente sua validade, isto é, não deixa de existir simplesmente por ser injusto, concordamos com Tércio Sampaio Ferraz Jr. quando diz que a justiça é um princípio regulativo do direito, pois lhe confere sentido, de forma que, **ao menos em termos existenciais, poderíamos reconhecer que a justiça dá ao direito um significado no sentido de razão de existir** (cf. FERRAZ JR., 1994, p. 351).

A teoria da justiça de Aristóteles foi fundamental para o direito durante vários séculos. O surgimento da Era Moderna, no entanto, representou, para muitos, um abandono desse modelo clássico em favor de um retorno ao projeto teórico dos sofistas, que havia sido interrompido pela refutação platônico-aristotélica do relativismo. Aí está a causa primordial do problema da justiça na modernidade. Com efeito, o dito de Protágoras "O homem é a medida de todas

as coisas – tanto do ser das coisas que são quanto do não ser das coisas que não são" (PLATÃO, 2002b, p. 152a) passa a ser o fundamento do mundo moderno.

Para Henrique Cláudio de Lima Vaz, "o homem experimenta, de fato, uma contradição vivida entre o seu ser finito e situado e a pretensão ontológica infinitamente grave de ser o criador do sentido" (VAZ, 1994, p. 12). Essa contradição encontra-se na raiz da crise da modernidade, que se manifesta no paradoxo de uma civilização "que dispõe de todos os instrumentos e recursos materiais para assegurar a sua sobrevivência e o seu progresso tecnológico, mas assiste inquieta a uma crise profunda do seu universo simbólico e das suas próprias razões de ser" (VAZ, 1994, p. 12-13).

A partir do rompimento que se dá na modernidade com a concepção clássica a respeito da justiça, surgem algumas teorias que vão tentar reconstruir, cada uma a seu modo, o conceito de justiça.

7.3 A escola do direito natural

Essa corrente, que prevalece entre os filósofos dos séculos XVII a XVIII, supõe que **é possível deduzir da natureza (do homem, da sociedade, das coisas) certas regras que seriam prescrições absolutamente adequadas para a conduta humana**.

A escola do direito natural, ou escola jusnaturalista, julga encontrar a resposta para o problema da justiça na **distinção entre a conduta humana que é natural** (que corresponde à natureza) **e a conduta antinatural** (contrária à natureza). O direito natural se caracteriza justamente por sua conformidade com a razão, ou natureza. Assim, ele será sempre justo. Já o direito positivo poderá ou não ser justo, dependendo se respeita ou não as prescrições contidas no direito natural.

Podemos encontrar um exemplo do modo jusnaturalista de pensar na obra de Jean Jacques Rousseau. Para o autor genebrino, a liberdade é o que define a natureza humana, ou seja, o homem é essencialmente um ser livre. Se despirmos os seres humanos de toda a "casca" o que sobra é a sua essência como um ser livre.

Ora, o fato de o homem ser livre permite-nos, então, compreender por que Rousseau afirma que a liberdade é inalienável. O homem não pode abrir mão dela porque, fazendo isso, estaria abrindo mão de sua própria condição humana. A partir desse pressuposto, Rousseau afirma que uma lei só será justa se

for resultado da vontade geral.

A vontade geral é a vontade moral que tem origem no exercício da autonomia pelos cidadãos de determinada comunidade. Trata-se aqui do exercício da liberdade entendida como dar a si mesmo sua própria lei, ou seja, liberdade como autonomia. A lei será justa, então, na medida em que for o resultado da vontade ética do povo, e não da vontade de um monarca absoluto.

Esse exemplo nos mostra, portanto, que o raciocínio jusnaturalista, considerando a possibilidade que o intelecto tem de atingir a verdade a respeito das coisas, associa aquilo que julga ser natural àquilo que entende como justo.

Isso é um traço fundamental para compreendermos que o sentido do termo natureza na concepção clássica não é o mesmo sentido utilizado pelos jusnaturalistas. Para estes, a natureza correspondia a uma verdade de ordem racional que poderia ser alcançada pela inteligência humana. O direito natural era entendido, portanto, como "verdades da razão" a partir das quais as leis positivas e as soluções jurídicas deveriam ser deduzidas se quisessem merecer o título de justas.

Essas "verdades da razão" não eram outra coisa senão prescrições morais tidas como válidas universalmente. Regras como "os pactos devem ser observados" (*pacta sunt servanda)*, "o dano deve ser indenizado" e "a propriedade deve ser respeitada" eram apontadas pelos jusnaturalistas como exemplos de direitos naturais.

Ao entender a natureza como o resultado do uso da razão pelo homem, os jusnaturalistas acabam por construir um **direito natural cuja índole é marcadamente idealista**, isto é, um direito natural que não se preocupa com a observação da realidade das sociedades humanas, com o modo como elas se estruturam, com o que de fato é considerado importante pelas pessoas, com o papel que o direito realmente desempenha dentro das sociedades.

Daí se entende por que Kant via o mandamento do imperativo categórico como uma meta a ser atingida, como algo que deveria sempre ser buscado. Portanto, mesmo que nunca se cumprisse o mandamento moral, ele permaneceria válido:

> Mas, ainda que o ser racional não possa contar com que, mesmo que ele siga pontualmente esta máxima, todos os outros se lhe conservem fiéis, nem com que o reino da natureza com a sua ordenação de finalidade venha a concordar com ele, como membro apto, na realização de um

> reino dos fins que ele mesmo tornaria possível, quer dizer venha a favorecer a sua expectativa de felicidade, a despeito de tudo isto aquela lei que diz: “Age segundo máximas de um membro universalmente legislador em ordem a um reino dos fins possível”, conserva a sua força plena porque ordena categoricamente (KANT, 1995, p. 83).

Em suma, os acontecimentos do mundo do ser não invalidam proposições do dever-ser. O imperativo categórico é válido sem exceção, ainda que a experiência permita somente aproximada conformidade com ele e assegure uma descrição da realidade somente em termos de uma possibilidade estatística (cf. KELSEN, 1945, p. 395-396). No campo do pensamento ético, Kant é um expoente da ideia de que a razão gera e autentica a si mesma (o tribunal da razão é a própria razão).

A postura idealista do jusnaturalismo faz com que a justiça seja entendida do mesmo modo, ou seja, é tratada como um ideal, como algo de difícil conexão com a realidade. Tal concepção a respeito da justiça é a que ainda prevalece no senso comum do homem atual, incluindo aí os juristas. Isso faz com que seja difícil enxergar a conexão entre direito e justiça. Esta parece algo muito distante da realidade do mundo jurídico.

Diferente era a visão da doutrina clássica a respeito da justiça, porque ela se encontrava fundada num entendimento diverso a respeito da natureza. Para a concepção clássica, chamada por alguns de realismo jurídico (**não confundir com as doutrinas americana e escandinava**), a natureza não tem essa característica idealista. O conhecimento da natureza está fundado na observação da própria realidade das coisas, dos homens e de suas obras.

7.4 O conceito de justiça do utilitarismo

O utilitarismo é uma corrente da filosofia moral e política que goza de muitos adeptos na cultura anglo-saxônica. Sua categoria fundamental é o chamado **princípio da utilidade**, ou princípio da maior felicidade. Tal princípio foi desenvolvido pelo filósofo britânico Jeremy Bentham para servir de **critério** a partir do qual nós poderíamos julgar se uma ação humana é boa ou má, justa ou injusta.

O princípio da utilidade é fruto de um **determinado entendimento a respeito da natureza humana**. Bentham (1979, p. 3) explica em que consiste tal compreensão no início do primeiro capítulo de sua Introdução ao Princípios da

Moral e da Legislação:

> A natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer. Somente a eles compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos. Ao trono desses dois senhores está vinculada, por uma parte, a norma que distingue o que é reto do que é errado, e, por outra, a cadeia das causas e dos efeitos. Os dois senhores de que falamos nos governam em tudo o que fazemos, em tudo o que dizemos, em tudo o que pensamos, sendo que qualquer tentativa que façamos para sacudir este senhorio outra coisa não faz senão demonstrá-lo e confirmá-lo.

O princípio da utilidade, portanto, parte do princípio de que, se o homem busca sempre o prazer e evita sempre a dor, **o motivo de nossas ações é sempre a busca pelo bem-estar**. Se é isso o que caracteriza a natureza humana no que diz respeito à sua vida prática, para encontrarmos a justiça devemos necessariamente levar em consideração esse fato.

Assim, o princípio da utilidade aprovará ou desaprovará uma ação segundo a tendência que ela tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo. **Uma ação está em conformidade com a utilidade quando a tendência que ela tem a aumentar a felicidade for maior que qualquer tendência que tenha a diminuí-la**.

Segundo Bentham, esta regra vale tanto para qualquer ação de um indivíduo particular quanto para qualquer ato ou medida de governo. Para ele, “a comunidade constitui um corpo fictício, composto de pessoas individuais que se consideram como constituindo os seus membros” (1979, p. 4). O interesse da comunidade, portanto, só pode ser a soma dos interesses dos diversos membros que a integram.

Com base nesse pensamento, os utilitaristas chegam à conclusão de que **a lei justa será aquela que promover o bem-estar ou a felicidade do maior número de pessoas**. Assim, diz Henry Sidgwick:

> (...) a sociedade está ordenada de forma correta e, portanto, justa, quando suas instituições mais importantes estão planejadas de modo a conseguir o maior saldo líquido de satisfação obtido a partir da soma das participações individuais de todos os seus membros (apud RAWLS, 1997, p. 25).

A sociedade justa, nessa concepção utilitarista, é aquela capaz de proporcionar aos seus membros a maior satisfação possível, dadas, é claro, as condições que a realidade nos proporciona. A justiça seria, então, a busca pela sociedade construída de modo a proporcionar ao maior número possível de pessoas a maior satisfação possível.

O **utilitarismo é criticado** pelos resultados a que sua afirmação a respeito da justiça podem levar. Isso porque, para os críticos, o utilitarismo não veria problemas no sacrifício imposto sobre alguns a fim de proporcionar vantagens à maioria, caso isso fosse necessário para atingir o máximo de satisfação possível.

Para John Rawls, um dos maiores críticos do utilitarismo, essa doutrina deve ser criticada justamente por não respeitar a inviolabilidade do indivíduo em relação ao bem-estar social. Segundo Rawls, a perda da liberdade de alguns **não pode ser justificada por um bem maior partilhado por outros**. Diz ele: "cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar" (RAWLS, 1997, p. 4).

Nesse sentido, o utilitarismo não leva a sério a diferença entre as pessoas, pois seu critério de justiça, isto é, o princípio da utilidade, estende equivocadamente algo que seria racional que um indivíduo desejasse, como a maximização da sua felicidade ou de seu bem-estar, para o conjunto dos indivíduos, que é a sociedade. Isso faz com que seja permitido o sacrifício da liberdade de alguns de modo a satisfazer o critério da utilidade.

Para Rawls, portanto, o utilitarismo é uma doutrina irracional que, como tal, não pode ser adotada. Isso porque seria improvável que pessoas que veem a si mesmas como iguais, com direito a fazer exigências mútuas, concordassem com um princípio que pode exigir para alguns expectativas de vida inferiores simplesmente por causa de uma soma maior de vantagens desfrutadas por outros. Um homem racional não aceitaria um princípio que maximizaria a soma algébrica de vantagens, deixando de lado os efeitos deletérios que tal princípio poderia ter sobre seus interesses e direitos fundamentais.

7.5 *A análise kelseniana da justiça*

O surgimento do positivismo jurídico, a partir do século XIX, representou um poderoso desafio para a defesa da ideia de justiça. O êxito alcançado pelas doutrinas positivistas no meio acadêmico foi tanto que levou, em

alguns momentos, a uma postura de extrema descrença com relação à justiça. Mesmo levando em consideração que a consequência inevitável do sucesso de uma doutrina é, de algum modo, a sua deturpação, o positivismo foi, em alguma parcela, responsável por esse estado de espírito.

É preciso, contudo, agir com correção ao analisar o positivismo jurídico, **reconhecendo seus méritos e as diferenças de posição entre os autores**. Nesse sentido, adotamos a posição de Otfried Höffe:

> Ainda que existam, portanto, claras recusas da perspectiva da justiça, seria muito simples considerar o positivismo do direito e do estado apenas como uma direta negação da justiça, talvez como um aberto amoralismo que ficaria indiferente em face de estados claramente injustos, derrotando-se com isto simplesmente a si mesmo. (...) filósofos como H. L. A. Hart consideram-se da tradição do positivismo jurídico e se confessam, contudo, adeptos de alguns princípios de justiça, até de um direito natural mínimo. Ainda mais exaustivamente, Hobbes, que é considerado pai do moderno positivismo jurídico e de estado, desenvolve uma série de leis naturais que, junto com o princípio do bem comum (*salus populi suprema lex*), servem à fundamentação moral e valoração concreta da ordem do direito e do estado (HÖFFE, 1991, p. 93).

Hans Kelsen representa, para grande parte dos autores, o ápice da tradição positivista, levando essa corrente às suas últimas consequências. Talvez o jurista mais influente do século XX, **Kelsen rejeita qualquer teoria do direito guiada pela noção de justiça**. Isso porque, para o jurista austríaco, que buscava fazer do direito realmente uma ciência, **a justiça era um valor não científico**. Isso significa que não é possível fazer ciência sobre o conceito de justiça, que é essencialmente relativo, o que torna impossível atingir uma certeza a seu respeito.

Para a escola kelseniana, “somente proposições jurídicas de caráter empírico ou analítico têm um caráter científico, enquanto os enunciados normativos, a saber, os enunciados da justiça, são considerados não científicos” (HÖFFE, 1991, p. 99). Isso significa que “as ciências do direito somente são possíveis como ciências do direito em vigor ou então como teorias do direito puramente analíticas” (HÖFFE, 1991, p. 99).

Além disso, uma razão mais profunda para a rejeição kelseniana da teoria da justiça se encontra, segundo Höffe, em sua adesão ao postulado da

neutralidade valorativa de Max Weber, que recusa todo o valorar, uma vez que este é visto como pura opinião subjetiva.

Em seu livro *O que é justiça*, Kelsen diz que os valores são enunciados não científicos, pois são **determinados simplesmente por fatores emocionais**, possuindo, portanto, um caráter subjetivo. Isso é notado nos conflitos de valores, nos quais "é o elemento emocional e não o racional de nossa atividade consciente que soluciona o conflito" (KELSEN, 1998, p. 5).

Ao conflito de hierarquia entre valores como vida e liberdade só seria possível "uma resposta subjetiva, válida apenas para o sujeito que julga, e não uma constatação válida para todos, como por exemplo a de que metais se expandem com o calor" (KELSEN, 1998, p. 5).

Segundo Kelsen o absoluto em geral e os valores absolutos em particular encontram-se além da razão, de modo que, para o problema da justiça, o homem só pode encontrar uma solução relativa. Por isso, ele realiza uma **crítica das formulações tradicionais de justiça**.

A justiça platônica merece ser criticada por levar a uma **teoria do Estado autoritária e antidemocrática**, uma vez que o poder na República de Platão encontrava-se nas mãos de um pequeno grupo de filósofos. A autoridade do Estado platônico, diz Kelsen, repousa sobre a obediência incondicional dos sujeitos. Como o filósofo governante tem um conhecimento do bem divino e é possuidor exclusivo desse segredo, ele é diferente dos outros homens. O povo deve acreditar na sabedoria e na graça do governante.

A afirmação aristotélica de que a justiça enquanto uma virtude é algo que está no meio de dois vícios também não convence Kelsen. Isso porque Aristóteles dá como certa a existência dos vícios e das virtudes. Ambos são pressupostos por ele. A ética de Aristóteles tem o condão apenas de **justificar a moralidade e o direito positivo de seu tempo** (caráter conservador). Ela deixa para a ordem social estabelecida dizer o que são os vícios e o que são as virtudes.

Finalmente, a famosa definição clássica da justiça como dar a cada um o que é seu **revela-se uma forma totalmente vazia**, "por meio da qual toda e qualquer ordem social pode ser legitimada, pois a questão decisiva – o que é realmente que cada um pode considerar como seu – permanece sem resposta" (KELSEN, 1998, p. 14).

O mesmo acontece com o princípio da igualdade, que parte da premissa de que os homens são iguais por natureza e por isso exige que todos sejam

tratados igualmente. Essa premissa, diz Kelsen, é errônea, porque, na realidade, os homens são bem diferentes, não existindo nem sequer duas pessoas realmente iguais, razão pela qual o único sentido possível da exigência de tratamento igual é: "O ordenamento social não deve levar em consideração determinadas diferenças na concessão de direitos e na imposição de deveres" (KELSEN, 1998, p. 15). Para essa questão, diz Kelsen, o princípio da igualdade não oferece resposta; esta é dada por cada uma das ordens jurídicas positivas de maneira diferente.

O imperativo categórico de Kant também leva ao mesmo resultado. Tal imperativo diz: aja somente de acordo com a máxima que você possa desejar que se transforme em lei geral. Mais uma vez, não se responde quais são as normas que podemos ou devemos esperar que sejam genericamente obrigatórias. Os exemplos por meio dos quais Kant procura ilustrar a aplicação de seu imperativo categórico são, afirma Kelsen, somente regulamentos da moral tradicional e do direito positivo da sua época, e não deduzidos do próprio imperativo, como afirma a teoria kantiana.

Assim, para Kelsen, foi em vão todo o esforço feito ao longo dos séculos para se obter de modo racional uma norma absolutamente válida de comportamento justo. Para ele, a **justiça absoluta é, portanto, impossível**. À razão humana só é dado compreender valores relativos. Isso significa que, ao declarar algo justo, não há como se excluir a possibilidade de um juízo de valor contrário.

Em virtude disso, o problema da justiça só pode ser tratado nos seguintes termos:

> Do ponto de vista do conhecimento racional existem somente interesses humanos e, portanto, conflitos de interesses. Para solucioná-los, existem apenas dois caminhos: ou satisfazer um dos interesses à custa do outro, ou promover um compromisso entre ambos. Não é possível comprovar que somente uma, e não outra solução, seja justa. Se se pressupõe a paz social como valor maior, a solução de compromisso pode ser vista como justa. Mas também a justiça da paz é uma justiça relativa, não absoluta (KELSEN, 1998, p. 23).

Nesse sentido, afirma Kelsen, a filosofia da justiça relativista defendida por ele não é amoral ou imoral, como pensam alguns, mas pode ser **deduzida do princípio da tolerância**, isto é, "a exigência de compreender com benevolência a

visão religiosa ou política de outros, mesmo que não a compartilhemos, e, exatamente porque não a compartilhamos, não impedir sua manifestação pacifica" (KELSEN, 1998, p. 24).

A tolerância deve ser, portanto, o fundamento da justiça. Mas, como não é possível tratar cientificamente dos valores, Kelsen só pode afirmar que a tolerância é fundamento do que ele entende como justiça, isto é, uma justiça relativa:

> Uma vez que a ciência é minha profissão e, portanto, a coisa mais importante em minha vida, trata-se daquela justiça sob cuja proteção a ciência pode prosperar e, ao lado dela, a verdade e a sinceridade. É a justiça da liberdade, da paz, da democracia, da tolerância (KELSEN, 1998, p. 25).

Como diz Höffe, embora Kelsen não chegue a ponto de afirmar a inexistência da justiça, como representante de uma doutrina do direito que se pretende realista, ele vê que de fato há muitas normas da justiça diferentes entre si; e, como representante de um rigoroso empirismo jurídico, ele não realiza, entre essas normas, uma escolha objetivamente fundada. Em face disso, "resta apenas a resposta relativista e, além disso, decisionista de que cada um deve fazer a escolha e que nenhum outro, nem Deus, nem a natureza e tampouco a razão como autoridade objetiva podem assumir a escolha" (HÖFFE, 1991, p. 101).

O argumento kelseniano contra a definição clássica de justiça é considerado pelos defensores desta como fruto de uma interpretação enganosa. De fato, a fórmula não indica como determinar em cada caso concreto quais coisas pertencem a cada homem. Mas isso não é uma falha sua, pois essa determinação já não é uma questão de justiça, cuja função é a satisfação do direito, mas, sim, a um momento anterior: a constituição do direito, ou seja, a constituição de uma coisa como sua (cf. HERVADA, 2008, p. 80).

Nesse sentido, para a concepção clássica, a justiça sucede ao direito, na medida em que ela é o cumprimento e a satisfação dele. Assim, aquilo que a justiça realiza é o que foi politicamente estabelecido como direito por determinada sociedade. Daí porque Aristóteles, em passagem já citada por nós (item 5 do presente capítulo), afirma que, em matéria de justiça, para conhecermos o "igual em que e desigual em quê" necessitamos do auxílio da filosofia política.

Entendemos que as críticas de Kelsen não têm o condão de nos fazer renunciar a uma formulação teórica da justiça, que permanece sendo, como sempre foi, uma exigência perene do direito. Ao renunciar a essa teorização, ou seja, ao considerar a justiça algo que não pode ser compartilhado por todos os indivíduos, Kelsen afasta o direito daquilo que lhe confere razão de existir.

7.6 John Rawls: a justiça na democracia

A teoria da justiça como equidade (*justice as fairness*) de John Rawls é uma das principais contribuições à filosofia do direito contemporânea. Desde 1971, com a publicação de *Uma Teoria da Justiça*, o pensamento do filósofo estadunidense adquiriu notoriedade e influência globais.

Para Rawls, dentre as mudanças trazidas pela modernidade, uma teve peso especial: **o advento da democracia moderna**. A partir disso, as sociedades políticas, pelo menos as ocidentais, passaram a se assentar sobre **três ideais fundamentais** expressos no lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

No entanto, se é certo dizer que, a partir desse momento, tais valores foram consagrados como os mais importantes para as sociedades democráticas modernas, é verdade também que todo o desenvolvimento histórico subsequente se caracterizou por uma **falta de concordância entre liberdade e igualdade, além de uma escassa efetividade do princípio da fraternidade**.

Há, portanto, na história democrática moderna, um impasse no que tange à realização de seus valores fundamentais. Segundo Rawls, esse impasse é evidente, por exemplo, nos Estados Unidos, em que, nos últimos duzentos anos, não foi possível obter nenhum acordo sobre a maneira como as instituições devem ser organizadas para respeitar a liberdade e a igualdade dos cidadãos como pessoas morais.

No direito, esse impasse é sentido na relação entre **direitos fundamentais de primeira dimensão e direitos fundamentais de segunda dimensão**, o primeiro tendo como valor básico a liberdade e o segundo expressando o valor da igualdade. Há uma grande controvérsia com relação a qual é a melhor maneira de expressar os valores da liberdade e da igualdade nos direitos fundamentais dos cidadãos, de modo a satisfazer as exigências de ambos os valores.

Os dois princípios de justiça que Rawls propõe são, em sua opinião, a melhor forma de conciliar liberdade com igualdade num contexto democrático.

Eles respondem à questão fundamental posta pelo autor estadunidense em *O Liberalismo Político*:

> Qual é a concepção de justiça mais apropriada para especificar os termos equitativos de cooperação social entre cidadãos considerados livres e iguais e membros plenamente cooperativos da sociedade durante a vida toda, de uma geração até a seguinte? (RAWLS, 1996, p. 3).

Com seus dois princípios, a concepção que Rawls chama de justiça como equidade busca obter um **equilíbrio entre os valores da liberdade e da igualdade**. Em primeiro lugar, propondo princípios de justiça que sirvam como guia sobre como as instituições básicas devem realizar esses valores. Em segundo lugar, especificando um ponto de vista, isto é, a posição original, a partir do qual os princípios da justiça como equidade podem ser vistos como mais apropriados que outros princípios de justiça para a realização dos valores de liberdade e igualdade numa sociedade democrática.

A **posição original** é "uma variante elevada a uma ordem mais alta de abstração da teoria do contrato social de Locke, Rousseau e Kant" (RAWLS, 1997, p. XXII). Ela é uma situação imaginada, uma experiência de pensamento que todas as pessoas racionais e razoáveis podem fazer. A ideia da posição original é a de um mecanismo expositivo, que resume o significado das condições para a cooperação social que, após as devidas reflexões, concluímos estarmos dispostos a aceitar como razoáveis.

A posição original é **regulada pela noção do "véu de ignorância"**, cuja função é conferir um caráter equitativo ao processo de escolha dos princípios de justiça, de forma que estes sejam igualitários e imparciais. A ideia do véu é a de que as partes que participam da escolha dos princípios de justiça não conhecem determinados fatos particulares. Assim, ninguém sabe, por exemplo, qual é seu lugar na sociedade, sua classe ou seu *status* social, sua sorte na distribuição de dotes naturais e habilidades, sua inteligência, sua força, sua concepção do bem, as particularidades de seu plano de vida racional, os traços característicos de sua psicologia e a geração à qual pertence.

A introdução do "véu" justifica-se, para Rawls, na medida em que, se sua teoria partisse de uma situação na qual as pessoas fossem desiguais, como de fato ocorre na vida real, o resultado seria o comprometimento da igualdade no processo de escolha dos princípios que devem reger uma sociedade, já que algumas pessoas teriam uma capacidade de negociação maior que outras,

gerando princípios injustos, porque eivados pela desigualdade. A posição original regulada pelo véu de ignorância tornaria possível a obtenção de princípios justos, uma vez que nenhuma desigualdade atuaria para sua elaboração.

Por meio da posição original, pessoas de diferentes classes sociais, crenças religiosas, morais e filosóficas podem obter um consenso em torno de princípios de justiça. Nessa situação hipotética, em que ninguém é capaz de propor princípios que resultem numa situação melhor para si em relação aos outros, **chegar-se-ia a um acordo com relação aos seguintes princípios de justiça**:

> 1 – Cada pessoa tem o mesmo direito inalienável a um sistema plenamente adequado de liberdades fundamentais iguais que seja compatível com um sistema idêntico de liberdades para todos.
> 2 – As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeira, elas devem estar vinculadas a cargos e funções abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e segundo elas devem redundar no maior benefício possível para os membros menos privilegiados da sociedade (princípio da diferença) (RAWLS, 2003, p. 42-43).

O **primeiro princípio** enuncia que todos são igualmente livres, ideia que corresponde às liberdades civis, como o direito de votar e de ocupar um cargo público, a liberdade de expressão e de reunião, a liberdade de consciência e de pensamento, a proteção à integridade pessoal, o direito à propriedade privada e a proteção contra a prisão e a detenção arbitrárias, que devem ser assegurados a todos os cidadãos, como consagram as constituições democráticas modernas.

O **segundo princípio** vincula-se ao problema da justiça distributiva – cuja função é corrigir as desigualdades que naturalmente surgem da convivência humana. Por isso, somente são aceitáveis aquelas condições desiguais que proporcionem cargos abertos a todos em condições de igualdade de oportunidades e o maior benefício possível aos cidadãos mais pobres.

Muito embora os dois princípios de justiça funcionem de modo complementar, a justiça como equidade opta por ordená-los de forma que o primeiro tenha prioridade sobre o segundo. Isso implica que **não se pode justificar violações de liberdades básicas protegidas pelo primeiro princípio em troca de ganhos econômicos e sociais**. Assim, as liberdades só podem ser

limitadas quando há um conflito com outras liberdades, já que nenhuma delas é absoluta. Já as distribuições de renda e riqueza, bem como de posições de autoridade e responsabilidade, devem ser consistentes tanto com as liberdades básicas quanto com a igualdade de oportunidades, que expressam o valor da liberdade nos dois princípios de justiça.

Se fizermos um paralelo com o lema da Revolução Francesa, a proposta rawlsiana, então, é a tentativa de reunir a liberdade com a igualdade e a fraternidade. De acordo com o filósofo estadunidense, o primeiro princípio expressa a noção de liberdade. A igualdade se encontra na junção da ideia de igual liberdade, contida no primeiro princípio, com a igualdade de oportunidades do segundo princípio, na medida em que estabelece posições abertas a todos. A segunda parte do segundo princípio, chamado de princípio da diferença (*difference principle*), é a interpretação rawlsiana do princípio da fraternidade. Dessa forma, encontra-se um lugar para a fraternidade na interpretação democrática dos dois princípios.

A Doutrina da Equidade

A teoria da justiça de Aristóteles foi a responsável por introduzir o tema da equidade e a sua relação com a aplicação do direito. A **razão de existir a equidade** está no fato de que "toda lei é de ordem geral, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares" (ARISTÓTELES, 1999, 1137b).

Há, portanto, situações particulares a respeito das quais a regra geral estabelecida pela lei é omissa, tornando-se necessário "suprir a omissão, dizendo o que o próprio legislador diria se estivesse presente, e o que teria incluído em sua lei se houvesse previsto o caso em questão" (ARISTÓTELES, 1999, 1137b).

Aristóteles também se referia à equidade como a **justiça do caso concreto**. O filósofo a comparava à Régua de Lesbos, instrumento do qual se valiam os operários da época para medir blocos de pedra usados na construção. Como essa régua era feita de um metal flexível, ela podia se moldar às irregularidades do objeto que precisava ser medido.

Assim, "(...) a equidade não mede apenas aquilo que é normal, mas também as variações e curvaturas inevitáveis da experiência humana, e, flexibilizando a rigidez da lei, determina o que é justo em cada situação particular" (BETIOLI, 2008, p. 361).

Desse modo, a doutrina costuma apontar duas funções desempenhadas pela equidade no direito. Em primeiro lugar, ela serve como **elemento de integração** da norma jurídica naquelas situações em que o intérprete se depara com uma lacuna do ordenamento. Ou seja, quando não há norma jurídica específica para determinado caso, cabe ao aplicador do direito preencher essa lacuna normativa. Diferentemente do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o art. 8º da CLT prevê a utilização da equidade na colmatação de normas jurídicas.

Em segundo lugar, a equidade serve como **elemento de adaptação** das normas jurídicas. Neste caso, cabe ao juiz corrigir a legislação ou adaptá-la ao caso concreto. Encontramos vários exemplos de como o próprio ordenamento

jurídico prevê e autoriza essa possibilidade (arts. 944, parágrafo único, e 413 do CC; art. 1.109 do CPC).

Embora sejam apontadas as duas funções supracitadas, a ideia de equidade é uma só. Ela consiste em **levar em conta o que há de particular** em cada caso concreto para dar-lhe a solução mais justa. A equidade ajuda, assim, a evitar o que Cícero expôs na conhecida frase *summun ius summa iniuria* (*o maior direito é a maior injustiça*), isto é, o direito aplicado de modo rigoroso, sem qualquer flexibilização, pode gerar situações injustas.

Faz parte da aplicação do direito a flexibilização da norma jurídica em determinados casos. O direito existe em função da sociedade e do indivíduo, e não o contrário. Se há situações particulares ou novas, cabe ao intérprete adequar o direito a elas. Tal ideia se encontra também no art. 5º da LINDB.

Há, porém, no nosso ordenamento jurídico, uma norma que limita a aplicação da equidade ao direito. Trata-se do art. 127 do CPC, que diz: "O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei". Pelo teor dessa norma, a utilização da equidade dependeria de autorização legal. Esse artigo reflete uma concepção positivista, na medida em que se aferra ao dogma de que merece ser considerado direito apenas aquilo que é criado pelo poder legislativo do Estado, ao juiz só caberia aplicar essas normas.

Para Miguel Reale, **uma interpretação isolada do art. 127 do CPC não é a mais adequada**. Tal artigo deve ser interpretado em consonância com o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Se a Constituição consagra princípios jurídico-políticos que preservam valores do indivíduo e da coletividade, esses princípios só podem ser concretizados se quem os aplica levar em conta o caso concreto que está submetido aos princípios.

Finalmente, é preciso esclarecer que a equidade não pode ser confundida com arbítrio. Agir com equidade é flexibilizar, é ajustar a lei, mas **com base no ordenamento jurídico**.

O direito moderno por muito tempo depreciou a equidade. Um dos maiores exemplos disso é o legalismo de Kant (2003, p. 80-81), que considerava a equidade uma "divindade muda que não pode ser ouvida". Para o filósofo de Koenigsberg, o que é estabelecido como direito se encontra apenas na legislação e nos contratos, de modo que a equidade não é questão jurídica, pertence apenas ao tribunal da consciência.

Com o positivismo jurídico, que concebia a função judicial como mera

aplicação de um direito, o qual não cabia a ela criar (o juiz como a boca da lei), consuma-se a perda de espaço da equidade dentro do direito.

Décadas depois, com a decadência das concepções positivistas, tem-se novamente um retorno da equidade. Os autores pós-positivistas a reincorporam em suas teorias da interpretação e aplicação do direito. Princípios como proporcionalidade e razoabilidade, observa Eros Grau, são manifestações modernas da ideia de equidade (2009, p. 193).

Capítulo 6

A Interpretação do Direito

1. Noções introdutórias

A interpretação jurídica é também um problema de filosofia do direito, na medida em que cada teoria da interpretação deriva de um determinado modo de se enxergar a relação entre direito e lógica, entre direito e metodologia, entre direito e epistemologia. Se, por exemplo, consideramos o direito uma ciência, veremos a interpretação como o resultado de uma operação lógica. Se entendemos o direito mais como uma arte, esse rigor lógico diminui, embora não tenha como desaparecer, e nem é ideal que isso ocorra.

Quando vai além do estudo de um sistema de direito particular, o teórico fica, ao mesmo tempo, obrigado a extrapolar, a generalizar, a posicionar-se, o que o obrigará, em todos os casos, a ir além das tarefas de explicação, de sistematização e de previsão, que são as tarefas do cientista de laboratório. Desse modo, entendemos que a pretensão do direito como uma ciência – nos moldes, por exemplo, da química – não tem como se sustentar:

> Com efeito, hoje sabemos que o direito está imerso numa atmosfera ideológica e a teoria geral do direito, empenhando-se em abstrair esse aspecto do direito, só pode falsear as perspectivas e, com isso, fica, por sua vez, sujeita à acusação de ser mais ideologia do que ciência (PERELMAN, 1996, p. 621).

A filosofia do direito é capaz de nos mostrar de que modo as mais diversas concepções de interpretação jurídica vinculam-se a certos fundamentos de ordem filosófica. Assim, a adoção de determinadas ideias a respeito da capacidade humana de conhecer as coisas e de compreendê-las certamente influirá no modo como a interpretação do direito é compreendida.

2. A metodologia tradicional de interpretação jurídica

A metodologia tradicional de interpretação jurídica foi desenvolvida ao

longo do século XIX, na esteira das grandes transformações que sofreu o direito nesse período. Ela é fruto do estabelecimento do **Estado de Direito** fundado no princípio da segurança jurídica, o que levou à construção de um direito cuja principal fonte é a legislação – o direito codificado.

Essa metodologia funda-se sob o primado da lei. Para entendê-la adequadamente, precisamos compreender como se dá o seu desenvolvimento.

2.1 As bases históricas da metodologia tradicional

Dois eventos contribuíram de modo fundamental para o desenvolvimento da metodologia tradicional de interpretação do direito. O primeiro deles foi a **Revolução Francesa**. Essa revolução representou um divisor de águas no mundo moderno em aspectos políticos, sociais e filosóficos. O direito, por conseguinte, foi também atingido por essas mudanças.

A revolução francesa consagrou duas ideias que afetaram o modo de se conceber o direito. A primeira delas é a ideia de **direitos individuais**, que surge para se opor aos arbítrios de um Estado absolutista. Com a vitória da burguesia, constrói-se um Estado cuja maior preocupação é a proteção dos direitos individuais consagrados nas declarações de direitos.

Esse Estado de Direito é criado com o objetivo maior de servir como anteparo para os cidadãos em face do poder do próprio Estado e dos outros cidadãos. A função essencial do Estado consistiria, portanto, em zelar pela observância da lei, que era o instrumento por meio do qual as pessoas tinham a sua liberdade protegida.

A segunda ideia consagrada na Revolução Francesa é o princípio da **soberania popular** (cf. GRAU, 2009, p. 228), segundo o qual a criação de leis cabia apenas ao legislativo, pois este era composto pelos representantes do povo. Tal princípio se opunha ao modo como se legislava no absolutismo, no qual o Rei, sozinho ou com alguns ministros, era a fonte da qual emanava toda a legislação vigente.

Para a ideia de soberania popular, uma lei só é digna de ser obedecida pelos cidadãos se for fruto da vontade deles. Nesse caso, as pessoas são livres porque são autônomas, governando a si próprias. Já num Estado como o que se via no absolutismo, o que há é tirania, porque as pessoas estão submetidas a uma legislação que não decorre de sua vontade.

Essas duas ideias produziram uma visão rígida a respeito da criação do

direito e das competências exercidas por aqueles que detêm o poder estatal. Tal concepção resulta no **princípio da separação de poderes**, um dos dogmas a partir do qual se construiu o direito e o Estado a partir do século XIX.

Isso resultou na concepção de que ao **judiciário não cabe criar normas jurídicas**. Essa função seria exclusiva do poder legislativo, pois este é composto por representantes eleitos pelo povo, enquanto o judiciário não é. A função deste poder se resumiria à aplicação da lei editada pelo legislativo. O que se tem a partir disso é a ideia do juiz simplesmente como a boca da lei, ou seja, sua função se resumiria a aplicar a lei.

O segundo evento que serviu de base para a metodologia tradicional de interpretação do direito foi o aparecimento da **lógica científica moderna**, que foi a lógica utilizada pelas ciências naturais como a física e a química (cf. VILLEY, 2008, p. 246). Tal lógica consistia, sobretudo, em observações empíricas, praticadas por meio de métodos acessíveis a todos, e na aplicação da matemática como linguagem científica.

Esse conhecimento científico era considerado o **único conhecimento verdadeiro**, pois era tido como o único capaz de nos fazer atingir uma certeza a respeito daquilo que se busca conhecer.

Com efeito, essa lógica científica obteve um sucesso enorme, pois contribuiu de modo decisivo para o progresso das ciências da natureza e para o progresso tecnológico. A humanidade deu um salto tecnológico nos últimos duzentos anos jamais visto, o que resultou, por exemplo, em uma população maior, numa maior expectativa de vida, em viagens mais curtas e, de modo geral, numa vida mais confortável.

O sucesso da lógica das ciências naturais foi tão grande que acabou influenciando as ciências humanas. Durante o século XIX, surgiram várias teorias cuja pretensão era **utilizar a lógica científica na metodologia de ciências humanas**, como a filosofia, a história e o direito.

O positivismo jurídico foi um resultado direto dessa pretensão. Vemos isso, por exemplo, na posição de Kelsen com relação à justiça. Se o único conhecimento verdadeiro é o das ciências exatas, quem quiser fazer do direito uma ciência precisa afastar dele discussões como aquela a respeito da justiça. Isso porque, ao conflito de hierarquia entre valores como vida e liberdade, só seria possível "uma resposta subjetiva, válida apenas para o sujeito que julga, e não uma constatação válida para todos, como por exemplo a de que metais se

expandem com o calor" (KELSEN, 1998, p. 5).

A consequência disso é a ideia de que a aplicação do direito pelo juiz – ou seja, a sentença judicial – deve ser um ato mecânico. **A sentença é pensada como o resultado de uma operação de lógica dedutiva, ela é deduzida do texto da lei**.

A atividade judicial consistiria numa atividade mecânica porque o que o juiz deveria fazer era identificar na legislação a solução para um problema concreto apresentado a ele. Esse "encaixe" do caso concreto com a norma é o que se chama de **subsunção**.

Assim, para a metodologia tradicional, o direito utiliza a lógica formal ou dedutiva. Essa lógica é entendida como o estudo dos argumentos que, partindo de premissas dadas, conduzem a conclusões necessárias. Se se entende que as sentenças se deduzem das leis, caberia, então, ensinar aos juristas a arte da dedução.

A lógica dedutiva desenvolve-se por meio de uma operação chamada de **silogismo**, que consiste na relação entre uma premissa maior e uma menor que resulta numa determinada conclusão. No direito, o silogismo seria formado pelos seguintes elementos:

Lei = premissa maior
Caso concreto = premissa menor (subsunção 8)
Sentença = conclusão

Veja que o silogismo se caracteriza pelo fato de que **a resposta atingida na conclusão já se encontra na premissa maior**. Por isso, costuma-se dizer que o silogismo é um conhecimento que não inova, já que parte de premissas dadas

que conduzirão necessariamente a determinadas conclusões preestabelecidas. Assim, o resultado da sentença judicial já se encontra previsto na lei, que é a premissa maior.

Segundo Michel Villey (2008, p. 248), as duas principais correntes do pensamento jurídico na modernidade, apesar de divergirem em relação a uma série de assuntos, concordam a respeito da utilização da lógica dedutiva no direito. Tanto o jusnaturalismo quanto o positivismo jurídico pregam o uso da dedução no direito.

Para a Escola moderna do direito natural, o direito seria **deduzido da natureza do homem ou dos axiomas da razão pura**. Grandes máximas gerais da conduta moral, como "cada um deve reparar o dano causado" ou "as promessas devem ser cumpridas", seriam as premissas a partir das quais as sentenças eram dadas.

Para o positivismo, a sentença seria **deduzida exclusivamente do texto da lei**, nenhuma outra justificação poderia ser aceita. Isso porque, para esta concepção, o único direito existente é o direito positivo, ou seja, o direito que tem por trás de si a fonte estatal de poder.

2.2 O formalismo

A concepção formalista foi desenvolvida a partir de uma determinada vertente das ideias do jurista alemão Friedrich Carl Von Savigny, o que levou à chamada jurisprudência dos conceitos, desenvolvida, sobretudo, pela obra de Puchta. Para essa doutrina, a ciência do direito deveria tomar o caminho de um sistema lógico no estilo de uma pirâmide de conceitos.

A pretensão de Puchta era a de **estabelecer o direito como um sistema construído segundo as regras da lógica formal**. Daí a necessidade de que sua doutrina apresentasse um formalismo rigoroso, limitando-se ao aspecto dogmático do direito. Ao fazer isso, ele julgava pensar o direito em conformidade com a ciência. O modo como os conceitos jurídicos eram logicamente interligados pode ser resumido na seguinte passagem:

> (...) cada conceito superior autoriza certas afirmações (por ex., o conceito de direito subjetivo é de que se trata de um poder sobre um objeto); por conseguinte, se um conceito inferior se subsumir ao superior, valerão para ele forçosamente todas as afirmações que se

> fizerem sobre o conceito superior (para o crédito como uma espécie de direito subjetivo, significa isto, por ex., que ele é um poder sobre um objeto que esteja sujeito à vontade do credor e que se poderá então vislumbrar, ou na pessoa do devedor, ou no comportamento devido por este último) (LARENZ, 1997, p. 25).

A interpretação jurídica para o formalismo baseava-se na utilização conjunta dos instrumentos interpretativos gramatical, lógico, histórico e sistemático, resultando em quatro tipos de interpretação:

1ª Interpretação gramatical. É o início de toda a interpretação, pois, para realizar a transição do pensamento do legislador para o nosso pensamento, precisamos conhecer e utilizar as regras gramaticais de morfologia e sintaxe. Essa interpretação, portanto, consiste na utilização das regras gramaticais. Sabemos que as palavras têm vários sentidos, que a linguagem pode comportar diferentes significados conforme o modo como se constrói gramaticalmente uma frase. Daí a importância desse tipo de interpretação.

2ª Interpretação lógica. É a aplicação da lógica ao ato de interpretar. Lida com a estrutura do pensamento, na medida em que busca estabelecer uma relação lógica entre as partes e os elementos de um discurso. Para ser inteligível, um pensamento precisa seguir certas regras básicas que a lógica nos fornece.

3ª Interpretação histórica. É a busca pelo conjunto de circunstâncias que marcaram a gênese de uma norma jurídica, ou seja, aquilo que a doutrina chama de *occasio legis*. Buscam-se o acontecimento, o problema, a conjuntura histórica que existiam à época da edição de determinada norma jurídica e que serviram de motivo para que tal norma fosse pensada. A fim de chegar a essas causas, este tipo de interpretação recorre, por exemplo, a trabalhos preparatórios e exposições de motivos.

4ª Interpretação sistemática. É a interpretação que leva em conta a unidade das regras jurídicas num sistema, que é o ordenamento jurídico, organizado de modo hierárquico sob a forma de uma pirâmide escalonada de normas. Se o ordenamento é um sistema, isso significa que suas normas interagem entre si de um modo organizado. Isso faz com que o fundamento de validade de determinada norma dependa de uma outra.

Desse modo, não é possível interpretar adequadamente o direito sem levar em consideração esse fato. Não há como interpretar, por exemplo, uma norma do código civil sem saber que tipo de relação há entre esta norma e a constituição.

Com a utilização desses quatro instrumentos, a concepção formalista esperava atingir a vontade do legislador histórico, que era considerada a meta de toda interpretação jurídica. A isto se dá o nome de **interpretação subjetiva**, ou **doutrina subjetivista** de interpretação. Para essa doutrina, toda interpretação é basicamente uma compreensão do pensamento do legislador. (cf. FERRAZ JR., 2006, p. 70) O jurista francês Demolombe, por exemplo, afirmava: "Os textos antes de tudo. Interpretar é descobrir o sentido exato e verdadeiro da lei. Não é modificar, inovar, mas declarar, reconhecer".

Savigny adotou a doutrina subjetivista numa fase de seu pensamento anterior a 1814. Ele afirmava que interpretar era mostrar aquilo que a lei diz. A preocupação do intérprete, portanto, era com o texto da lei (cf. FERRAZ JR., 2006, p. 69). De acordo com Larenz (1997, p. 11), algo representativo dessa postura positivista-legalista da parte de Savigny era sua rejeição das interpretações extensiva e restritiva, entendidas como ampliação ou limitação da letra da lei.

A interpretação subjetiva ajusta-se bem aos propósitos do Estado de Direito Liberal, pois assegura, sobretudo, os princípios da segurança jurídica e da separação de poderes. Ela garante o primeiro princípio na medida em que se vincula à intenção original estabelecida pelo legislador. O segundo é protegido na medida em que a interpretação subjetiva evitaria que o intérprete criasse a norma, resguardando o dogma de que a legislação só deve ser criada pelo poder legislativo.

2.3 O fracasso da metodologia tradicional de interpretação jurídica

Consistiria a aplicação do direito realmente numa operação lógica dedutiva? É possível a construção de um direito científico que utiliza a metodologia das ciências naturais? Um direito construído de modo racional é viável? Essas perguntas começaram a surgir já no final do século XIX. Os postulados defendidos pela metodologia tradicional de interpretação jurídica começaram a ser de tal modo questionados, que isso levou a doutrina a concluir pelo seu fracasso.

Vários argumentos foram apontados para se afirmar que a metodologia

tradicional de interpretação jurídica teria fracassado. Com relação ao estabelecimento do direito como uma ciência nos moldes da matemática ou da física, a crítica é a de que a **linguagem do direito não é e nunca poderá ser científica**.

Os termos utilizados no direito nunca estão isentos de uma margem de incerteza, de indeterminação, de variabilidade. Expressões como bem comum, justiça, igualdade, liberdade e função social comportam, por natureza, diferentes interpretações possíveis. A ambiguidade é da essência do direito.

O conhecimento dotado de certeza, que é fundamental para os métodos matemático e físico, não é possível num campo do conhecimento como o direito. Se fosse possível determinar o direito por pura dedução, deveria existir, então, para cada questão jurídica, apenas uma resposta correta, o que sabemos não ser o caso.

Como diz Villey:

> não que se esteja pensando em excluir qualquer exercício de dedução. Em todo discurso intervém uma dedução. Tão rigorosa quanto possível. Mas todos os autores de lógica do direito observaram a frequência, no direito, de raciocínios imperfeitos, aproximativos – raciocínios "por analogia", uso de entimemas; esta palavra designa, em retórica, silogismos reduzidos, aos quais falta algum fio da dedução. Os termos do direito são maleáveis, seu sentido é fluido, sempre discutível (relatividade dos conceitos de direito). Nenhuma das condições requeridas para o funcionamento de uma ciência existe no oficio do direito (VILLEY, 2008, p. 256-257).

A dedução, afirma Kaufmann, é indispensável no direito, embora não seja suficiente. O modo como o silogismo se dá (do geral conclui-se o particular) é problemático na medida em que a veracidade dos resultados a que conduz depende da veracidade das premissas.

Isso pode levar a resultados incorretos como o que temos na seguinte dedução: 1ª premissa: Todas as normas emitidas de um modo formalmente correto pelo legislador são direito; 2ª premissa: As normas nazistas racistas foram emitidas de um modo formalmente correto; 3ª conclusão: As normas nazistas racistas são direito (KAUFMANN, 2002, p. 185).

Outra crítica dirige-se **contra a utilização da lógica tradicional no direito**. Por não conter caracteres valorativos, esta lógica é insuficiente para lidar com as questões jurídicas. O direito é um conhecimento que lida com valores, é uma ciência normativa, pois estabelece prescrições de dever-ser. Já as ciências naturais buscam descrever fatos da ordem do ser.

Radbruch conta uma anedota para exemplificar o problema da utilização da lógica tradicional no direito. Conta o autor alemão que havia uma estação de trem na qual se encontrava numa de suas paredes uma placa que proibia a entrada de cães. Um dia entrou um homem na estação com um urso na coleira. Vendo aquela cena improvável, que desafia o bom senso, as pessoas na estação interpelaram o dono do urso, dizendo que ele não poderia ficar dentro da estação com aquele animal porque havia uma proibição. O dono do urso retrucou dizendo que a proibição referia-se apenas a cães, de modo que não havia nenhuma proibição que o alcançasse.

Radbruch quer mostrar como a lógica dedutiva pode levar a resultados absurdos no direito, em virtude de sua limitação para lidar com valores que justificam a existência das normas jurídicas, as quais são instrumentos para concretizá-los. No exemplo, diz o autor, a finalidade da norma, que não seria percebida com o simples silogismo, era proteger a saúde das pessoas. O valor em questão diz respeito, então, ao bem-estar, à incolumidade física das pessoas que frequentam a estação.

Ora, se é assim, só podemos concluir que não só os cães, mas vários outros animais são uma ameaça à saúde das pessoas. A norma, portanto, a despeito de estar mal redigida, alcança também os proprietários de ursos, de leões ou de pumas etc.

Outro motivo apontado para o fracasso da metodologia tradicional é o advento de uma **reação irracionalista**, que se opôs ao postulado da racionalidade do direito. Assim, houve o aparecimento de várias correntes antiformalistas, que analisavam o direito de um ponto de vista sociológico, chamando a atenção para a irrealidade e a ineficácia das leis. Já no século XIX, Von Kirchmann dizia: "Três palavras de correção do legislador e bibliotecas inteiras transformam-se em papel de embrulho" (apud LARENZ, 1997, p. 55).

A orientação antiformalista em matéria de interpretação inicia-se com Jhering, que, em sua obra *Espírito do Direito Romano,* criticava a metodologia utilizada pela chamada jurisprudência dos conceitos. Segundo ele, era preciso "abandonar a crença de que com os conceitos jurídicos básicos se descobriram

os últimos alicerces (os elementos químicos) do Direito, a partir dos quais, através de combinação, podem deduzir-se todas as proposições jurídicas" (LARENZ, 1997, p. 58).

Contra o culto da lógica, que pensa em fazer da ciência jurídica uma matemática do direito, Jhering afirmava que, na verdade, são os conceitos que existem por causa da vida: "Não é o que a lógica postula que tem que acontecer; o que a vida, o comércio, o sentimento jurídico postulam é que tem de acontecer, seja isso logicamente necessário ou logicamente impossível" (LARENZ, 1997, p. 58).

Assim, Jhering passou a defender a ideia de que **o fim é o criador de todo o Direito**, ou seja, de que não existe nenhuma proposição jurídica que não deva a sua origem a um fim (a um motivo prático). Característica fundamental de uma norma jurídica é o fato de que ela possui uma relação de conteúdo com um fim social, ao qual ela serve.

Segundo Larenz (1997, p. 62) a importância da contribuição de Jhering para o desenvolvimento da ciência do direito reside no reconhecimento de que toda proposição jurídica tem necessariamente de ser vista também na sua **função social**. Na medida em que visa ser adequada à existência social, a norma está ordenada, pelo seu próprio sentido a um fim social.

Assim, passou-se a defender a importância da interpretação teleológica, que, aliás, encontra-se prevista no art. 5º da Lei de Interpretação das Normas do Direito Brasileiro. A metodologia teleológica é ainda hoje um importante instrumento de interpretação do direito. Sua metodologia, afirma Eros Grau (2009, p. XIX), "repousa em terreno firme".

O impulso dado por Jhering em direção a uma concepção mais pragmática levou a teorias extremadas como a **jurisprudência dos interesses** e a **escola do direito livre**, que repudiavam um direito identificado com a lógica.

Para a primeira, o direito não seria um sistema lógico, mas, sim, o resultado da disputa entre interesses materiais, nacionais, éticos e religiosos existentes em cada comunidade jurídica (cf. LARENZ, 1997, p. 65).

A segunda teoria propugnava que as sentenças não eram resultado de uma operação lógica, mas, sim, do instinto, da intuição e das emoções dos juízes, bem como da pressão que eles sofrem do ambiente de que fazem parte. A mesma tese pode ser encontrada nas escolas americana e escandinava do realismo jurídico. O juiz e teórico americano Oliver Wendell Holmes, partidário

dessa corrente, afirmava que o direito era aquilo que a Suprema Corte dizia que ele era.

Outra razão, de raízes mais filosóficas, para o fracasso da metodologia tradicional de interpretação jurídica reside na descrença de muitos autores modernos em relação à capacidade humana de conhecer. Para John Rawls, por exemplo, a **compreensão, o conhecimento e o julgamento humanos estão sujeitos a uma série de limitações,** que ele chama de "dificuldades do juízo". Nesse sentido, o único conhecimento humano possível é um conhecimento relativo, incompleto, carregado de incertezas.

Rawls apresenta a seguinte lista de dificuldades do juízo:

> a. A evidência – empírica ou científica – relacionada ao caso é conflitante e complexa e, por isso, difícil de avaliar.
> b. Mesmo quando concordamos inteiramente com os tipos de consideração que são relevantes, podemos discordar a respeito de sua importância e, assim, chegar a julgamentos diferentes.
> c. Numa certa medida, todos os nossos conceitos, e não só os conceitos morais e políticos, são vagos e sujeitos a controvérsias, e essa indeterminação significa que devemos confiar em nosso julgamento e interpretação dentro de certos limites, nos quais pessoas razoáveis podem discordar.
> d. Numa certa medida (não podemos dizer em que grau), nossa forma de reconhecer evidências e pesar valores morais e políticos é moldada por toda a nossa experiência, por todo o curso de nossa vida até o momento; e nossas experiências vão sempre diferir.
> e. É frequente haver diferentes tipos de considerações normativas de pesos diferentes em ambos os lados de uma controvérsia, e é difícil fazer uma avaliação global.
> f. Ao nos vermos forçados a escolher entre valores que prezamos, ou quando nos apegamos a muitos e é necessário restringir cada um deles em vista das exigências dos demais, enfrentamos grandes dificuldades para estabelecer prioridades e fazer ajustes. Muitas decisões difíceis, portanto, parecem não ter uma resposta clara (RAWLS, 1996, p. 56-57).

Sua conclusão é a de que muitos de nossos mais importantes julgamentos são feitos em condições nas quais não se deve esperar que pessoas no pleno exercício de suas faculdades racionais, mesmo depois de discussão livre,

cheguem à mesma conclusão.

E completa: "É pouco realista, ou pior ainda, desperta suspeita e hostilidades mútuas, pensar que todas as nossas diferenças derivam exclusivamente da ignorância e da perversidade, ou de rivalidades pelo poder, *status* ou ganhos econômicos" (RAWLS, 1996, p. 58).

As deficiências apresentadas pela metodologia tradicional fizeram com que parte da doutrina passasse a buscar concepções alternativas que não apresentassem os mesmos problemas.

3. A superação da metodologia tradicional

3.1 A hermenêutica

As contribuições teóricas vindas da hermenêutica filosófica vêm sendo utilizadas pela mais recente filosofia do direito. Autores como Karl Larenz e Lênio Streck adotam, em suas respectivas obras, importantes ideias vindas da hermenêutica.

O termo hermenêutica vem do substantivo grego *hermeneia*, que significa interpretação (GERBIER, 2007, p. 368). A hermenêutica, portanto, é aquele ramo do conhecimento que **lida com os problemas relacionados ao ato de interpretar**. Muitos autores também associam a palavra hermenêutica ao deus grego Hermes. Este era o deus mensageiro, aquele que levava as mensagens dos deuses do olimpo aos homens. O hermeneuta é, portanto, um intermediador; é aquele que faz a ponte entre o texto e o leitor, ou entre o texto e o significado que é dado a ele.

O desenvolvimento histórico da hermenêutica moderna começa com **Schleiermacher** no século XIX (SCHROTH, 2002, p. 381). Este autor é o primeiro a entender a hermenêutica como, além de simples técnica de interpretação dos vários tipos de escrito, **compreensão em geral da estrutura de interpretação que caracteriza o conhecimento**.

Schleiermacher afirma que a interpretação é um ato que envolve duas dimensões. Em primeiro lugar, ela se liga a um pré-conhecimento necessário da totalidade da obra a interpretar. Isto é o que se chama de **círculo hermenêutico,** em virtude do qual a interpretação de cada parte depende da interpretação do todo. Se toda interpretação está ela mesma baseada em interpretação, então o círculo da interpretação, ainda que não vicioso, não pode ser evitado.

Em segundo lugar, é preciso que o intérprete tente se colocar no mesmo âmbito do texto, para que possa compreender aquilo que o texto quer dizer, ao invés de cair em ideias pré-concebidas.

Em seguida, temos o pensamento de **Dilthey**, cuja intenção era a de **fundamentar a validade das ciências do espírito** como a história, a literatura, o direito e a filosofia (REALE e ANTISERI, 2007a, p. 455). Para isso, seria necessário adotar a hermenêutica como o método fundamental dessas ciências.

Para Dilthey, as ciências da natureza diferem das ciências humanas quanto ao objeto e aos instrumentos utilizados para conhecer. As primeiras estudam fenômenos externos ao homem, buscando explicar e descrever a natureza. Já as segundas tratam das relações entre os indivíduos, a fim de compreender e interpretar a realidade sociocultural.

Ora, se as ciências da natureza apresentam tais diferenças em relação às ciências humanas, não é adequado que estas adotem uma metodologia pensada para as primeiras. Há que se buscar, portanto, uma metodologia própria para as humanidades, a qual seria encontrada justamente na hermenêutica, que é o instrumental adequado quando se trata de ciências fundamentalmente interpretativas.

Essa compreensão própria das ciências humanas, afirma Dilthey, deve sempre levar em conta a realidade histórico-social do homem. Isso porque as relações entre os indivíduos estão inseridas em sistemas de cultura e de organização que possuem existência histórica.

O mundo humano, portanto, é histórico. **O homem é um ser histórico, e históricos são todos os seus produtos culturais** como a filosofia, inclusive a metafísica. Em virtude disso, o sentido e o significado surgem somente no homem histórico.

Na primeira metade do século XX, surge o pensamento de **Heidegger**, um dos filósofos mais importantes do século passado. Sua filosofia afirma que a **existência humana é ontologicamente hermenêutica**, isto é, a vida do homem é uma constante interpretação do mundo. O modo como nós vemos a existência depende de nossas interpretações. Nesse sentido, a compreensão é algo existencial no ser humano.

O homem, para Heidegger, é o ente que se propõe a pergunta sobre o sentido do ser: "esse ente, que nós mesmos já somos sempre e que tem, entre as outras possibilidades de ser, a de buscar, nós o indicamos com o termo Ser-aí

(Dasein)" (apud REALE e ANTISERI, 2007b, p. 583). O "ser-aí" indica o fato de que o homem está sempre em uma situação, lançado nela e em relação ativa com ela. O ser-aí é sempre aquilo que pode ser.

Nesse sentido, a **essência da existência humana é dada pela possibilidade**. O homem é projeto e as coisas do mundo são originariamente utensílios em função do projetar humano. O homem não é espectador do grande teatro do mundo: ele está no mundo, envolvido nele e em suas peripécias. E, transformando o mundo, o homem também transforma a si mesmo.

Por isso, diferentemente da tradição filosófica ocidental, o mundo não é uma realidade a contemplar: a existência é poder ser. Heidegger expressa isso com o termo "estar-no-mundo", que implica fazer do mundo o projeto das ações e dos possíveis comportamentos do homem. Isso mostra a historicidade do ser-aí, ou seja, o homem é um ser histórico.

Heidegger também revoluciona a filosofia ao dar uma importância fundamental para a **linguagem**. Segundo ele, a linguagem estabelece **limites intransponíveis** ao que podemos dizer. Aí reside a reviravolta no pensamento de Heidegger: o homem não pode desvelar o sentido do ser. Para ele, o ser se desvelaria de modo espontâneo na linguagem autêntica da poesia.

Discípulo de Heidegger, Gadamer foi um filósofo que contribuiu de maneira notável para o desenvolvimento da hermenêutica. Para ele, a **hermenêutica se funda na experiência global que o homem adquire no mundo**. Isso significa que todas as nossas interpretações têm como base as experiências que vivemos. O modo como interpretamos um texto é influenciado pela família que tivemos, pela escola que frequentamos, pelos professores que nos ensinaram, por problemas que enfrentamos, como sofrer um acidente, ser assaltado ou perder um ente querido.

O intérprete não é tabula rasa (REALE e ANTISERI, 2007a, p. 630). Ele se aproxima do texto com a sua pré-compreensão, com os seus pré-conceitos, com sua memória cultural (linguagem, mitos, teorias etc.). Esses termos não são usados de modo pejorativo, mas, sim, no sentido de ideias, conjecturas, pressuposições que o intérprete já possui mesmo antes da interpretação que realiza.

É preciso tomar consciência disso porque, do contrário, a interpretação que fizermos será o resultado inconsciente dessas preconcepções. O essencial é perceber que **toda a interpretação correta deve se defender da arbitrariedade**

e das limitações que derivam de inconscientes hábitos mentais, olhando para as coisas mesmas.

Assim, o intérprete deve esboçar uma primeira interpretação do texto que pode ser mais ou menos adequada, justa ou errada, o que será avaliado numa análise posterior. Se a primeira interpretação mostra-se em contraste com o texto, o intérprete elabora um segundo esboço. E assim por diante, infinitamente.

Assim, **a função do hermeneuta é função infinita e mutável**. Infinita porque uma interpretação que parecia adequada pode ser demonstrada incorreta, uma vez que são sempre possíveis novas e melhores interpretações. Mutável porque, conforme a época histórica em que vive o intérprete e com base no que ele sabe, não se excluem interpretações que, precisamente para aquela época e para o que na época se sabe, são melhores e mais adequadas que outras.

Gadamer, portanto, quer que todo intérprete, em vez de restituir ao texto sua significação primeira (tarefa impossível), faça-o reviver renovando sem cessar seu sentido.

Em face disso, ele afirma que a **condição para compreender é possuir uma sensibilidade à alteridade do texto** (GANDER, 2006, p. 50). Isso porque o texto possui uma “personalidade”, um conjunto de características que não se confundem com as nossas.

Essa sensibilidade à alteridade do texto não é igual à neutralidade, nem esquecimento de si mesmo. É uma tomada de consciência das próprias pressuposições, para que o texto se apresente em sua alteridade e possa fazer valer o seu conteúdo verdadeiro:

> Aquele que quer compreender não pode se entregar, já desde o início, à casualidade de suas próprias opiniões prévias e ignorar (…) a opinião do texto – até que este, finalmente, já não possa ser ouvido e perca sua suposta compreensão. Quem quer compreender um texto, em princípio, deve estar disposto que ele diga alguma coisa por si. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. (…) O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias (GADAMER, 1997, p. 405).

Por possuir uma existência própria, uma vez gerado, um texto tem vida autônoma, ou seja, ele tem efeitos sobre a história posterior que o autor não podia prever nem imaginar. A isto Gadamer dá o nome de "**história dos efeitos**", que significa uma relação de passado e presente, na qual o passado determina o presente constitutivamente por meio da intervenção de sua tradição (GANDER, 2006, p. 59). Toda interpretação está sujeita a isso.

Nesse sentido, compreender é também um processo histórico dos efeitos, pois a consciência hermenêutica sempre inclui a consciência histórica. A hermenêutica está, portanto, ligada à compreensão da tradição.

3.1.1 Consequências do desenvolvimento da hermenêutica

A hermenêutica evidenciou a insuficiência das regras interpretativas tradicionais, ao mostrar que a **compreensão se funda na práxis da vida** (SCHROTH, 2002, p. 385). Se o compreender é algo existencial, ele se identifica com a própria experiência do intérprete. Por isso, o objeto que se compreende na interpretação do direito não pode ser conhecido independentemente do sujeito que o interpreta (cf. GRAU, 2009, p. 41).

Ademais, conforme o momento histórico vivido e a cultura da qual se faz parte, os horizontes são diferentes, os problemas são outros. O Velho Testamento para o cristão é diferente do que é para o judeu. Cada época terá sua leitura particular da Ilíada, da Odisseia, dos diálogos de Platão, das peças de Shakespeare.

A interpretação de um texto não é simplesmente um processo orientado por regras, antes tem origem no viver cotidiano. Nesse sentido, a hermenêutica é uma concepção menos cientificista da missão do intérprete.

Ao atingir o mundo do direito, a hermenêutica levou à desvalorização da tese de que precisamos nos ater às intenções pessoais do legislador. Com efeito, a função do intérprete na concepção hermenêutica implica deixar o texto viver sua própria vida. Nesse sentido, a hermenêutica contribuiu para uma **revalorização da interpretação objetiva**.

Segundo Eros Grau (2009, p. 41-42), a evolução da reflexão hermenêutica permitiu a superação da concepção da interpretação como técnica de subsunção do fato à lei e instalou a verificação de que ela se desenvolve a partir de pressuposições.

Assim, para a hermenêutica, o processo de interpretação dos textos

normativos tem na pré-compreensão o seu momento inicial, a partir do qual ganha dinamismo um movimento circular, que compõe o círculo hermenêutico.

Nesse sentido, a interpretação reflete uma experiência conflituosa vivida pelo intérprete. A decisão judicial é o resultado desse conflito, que envolve: as palavras da lei e os antecedentes judiciais; a figura delitiva que se imputa; as interpretações elaboradas pelas partes em conflito; as regras processuais; as expectativas de justiça existentes na sociedade; as convicções do próprio juiz, que podem ser decisivas, como preceitos de ética religiosa ou social; esquemas doutrinais em voga ou instâncias de ordem política.

Além disso, o juiz decide sempre dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo, considerando o direito como um todo, e não apenas um determinado texto normativo. Por isso, "o direito é contemporâneo à realidade" (GRAU, 2009, p. 42).

As conclusões a que chegou a hermenêutica levaram-na a **repudiar a concepção tradicional da interpretação**, considerada incapaz de responder por que um determinado método deve ser, em determinado caso, escolhido. Se não há regras capazes de ordenar o uso dos instrumentos interpretativos, eles acabam funcionando como justificativas para legitimar os resultados que o intérprete já estava predeterminado a alcançar (GRAU, 2009, p. 43).

3.2 A doutrina objetivista de interpretação do direito

A partir do pensamento de Savigny posterior a 1814 já começa a ser desenvolvida uma doutrina objetivista da interpretação. Isso fica nítido pela relevância que passa a ser dada à finalidade da lei. Assim, caso haja na lei uma expressão indeterminada, deve apelar-se para o fim especial dessa lei; se este não puder ser comprovado, podemos invocar até mesmo uma razão de ordem geral. Tanto a interpretação extensiva quanto a restritiva passam a ser admitidas (cf. LARENZ, 1997, p. 17). Savigny, portanto, "liberta-se da estrita vinculação ao teor literal da lei defendida em sua juventude, em favor de uma consideração mais vigorosa do fim da lei" (LARENZ, 1997, p. 19).

Para a doutrina objetivista de interpretação, **a lei tem um sentido próprio, que é independente de seu autor**. Deste modo, "as opiniões e intenções subjetivas do legislador, dos redatores da lei ou das pessoas singulares que intervieram na legislação não têm relevo: a lei é mais racional do que o seu autor e, uma vez vigente vale por si só" (LARENZ, 1997, p. 41).

A **interpretação objetiva**, diferentemente do subjetivismo, consiste em buscar o **fim atual da lei**, ou seja, é preciso compreender que a lei deve ser interpretada tendo em vista o momento atual que ela visa regular. Essa interpretação está mais ligada ao reconhecimento da mutabilidade social e ao valor da justiça.

A interpretação objetiva lida melhor com os problemas gerados por mudanças na sociedade e que acabam afetando o direito. Por defender que o direito deve ser interpretado de acordo com as condições sociais do momento, ela é capaz de evitar situações de injustiça que uma interpretação preocupada apenas com a vontade do legislador original não evitaria.

Um exemplo desse tipo de interpretação encontra-se na decisão do STJ no RECURSO ESPECIAL n. 226.436 – PR (1999/0071498-9), que decidiu pela mitigação da coisa julgada de uma sentença de investigação de paternidade prolatada num momento em que ainda não era disponível o exame de DNA:

> (…) A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus.* (...) na busca sobretudo da realização do processo justo, a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade. Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum.

Contudo, afirma Larenz (1997, p. 445), **a contraposição entre as doutrinas subjetivista e objetivista continua a existir no presente**, sendo frequentemente encontrada dentro de uma mesma obra ou nas posições dos Tribunais Superiores. Apesar de Larenz ter morrido em 1993, entendemos que suas conclusões ainda se mantêm de pé.

Na verdade, consideramos que a contraposição entre ambas as doutrinas é algo comum em matéria de interpretação jurídica. Isso porque cada uma das duas teorias detém uma parte da verdade, razão pela qual **nenhuma delas pode ser aceita sem limitações**:

> A verdade da teoria subjetivista é que a lei jurídica, ao invés da lei

> natural, é feita por homens e para homens, é expressão de uma vontade dirigida à criação de uma ordem tanto quanto possível justa e adequada às necessidades da sociedade. Por detrás da lei está uma determinada intenção reguladora, estão valorações, aspirações e reflexões substantivas, que nela acharam expressão mais ou menos clara. (...) A verdade da teoria objetivista é que uma lei, logo que seja aplicada, irradia uma ação que lhe é peculiar, que transcende aquilo que o legislador tinha intentado. A lei intervém em relações da vida diversas e em mutação, cujo conjunto o legislador não podia ter abrangido e dá resposta a questões que o legislador ainda não tinha colocado a si próprio. Adquire, com o decurso do tempo, cada vez mais como que uma vida própria e afasta-se, deste modo, das ideias dos seus autores (LARENZ, 1997, p. 446).

Assim, mesmo que haja atualmente uma certa prevalência da interpretação objetiva, isso não significa que ela elimina o recurso à interpretação subjetiva. O ideal é que possamos recorrer a ambas, de acordo com a necessidade e o caso concreto. Isso porque a utilização rigorosa só de uma ou só de outra gera um risco grande de que excessos venham a ocorrer.

A interpretação subjetiva traz o risco do engessamento do direito, que pode ficar insensível às alterações sociais, levando a injustiças. A interpretação objetiva traz o risco do arbítrio judicial quando realiza uma interpretação que foge completamente à moldura estabelecida pela norma, resultando, em última análise, num direito que é fruto apenas da vontade do juiz.

3.3 A lógica do razoável

A lógica do razoável é um termo utilizado na obra do filósofo do direito Luis Recaséns Siches. O autor espanhol afirma que **a lógica tradicional é adequada para tratar da ciência, mas não de problemas humanos práticos**. A resolução de problemas desse tipo deve ser feita pela lógica do razoável, que é mais adequada às especificidades da ação humana e do direito.

Essa lógica implica a substituição da ideia de racional (verdade) como fundamento da lógica jurídica pela ideia de razoável, termo este entendido como sinônimo de equilíbrio, moderação, harmonia; o que não seja arbitrário; o que corresponda ao senso comum; aos valores vigentes em dado momento ou lugar.

Segundo Siches, não é possível investigar o campo das coisas humanas

com os mesmos instrumentos usados para conhecer o plano da natureza, pois há uma importante diferença entre eles:

> Os fenômenos da natureza são conhecidos na medida em que são explicados do ponto de vista de causas e efeitos e nada mais. Tudo que a física pode atingir é averiguar as causas de um fato e registrar seus efeitos. O fato físico é explicável, mas não é inteligível. Não é inteligível, não se pode compreendê-lo porque ele não tem um sentido (...). Os fatos e os produtos humanos, além das causas que os engendram e dos efeitos que originam, têm algo mais que não se encontra na física, têm sentido (SICHES, 1973, p. 138).

A lógica do racional funciona a partir da dualidade entre ser e não ser, entre verdade e mentira. Como é desenvolvida para conhecer a natureza meramente explicativa de conexões entre causas e efeitos, **ela é alheia a critérios axiológicos**, sendo, portanto, imprópria para a solução dos problemas humanos.

Já na lógica do razoável, não é possível se falar em resposta única, correta, mas, sim, em uma pluralidade de soluções razoáveis. Esta lógica tem por objetivo problemas humanos de natureza jurídica e política, porque é uma razão impregnada de valores.

A lógica do razoável apoia-se na antropologia filosófica de Ortega y Gasset, segundo a qual a vida humana pertence ao reino da ação, que não se confunde com o campo do puro conhecimento. A vida do homem não é uma realidade já pronta; é fruto de sua própria ação construtiva. Vivemos tendo que decidir a cada momento o que virá a ser no momento futuro. Tais decisões consistem em escolher entre as possibilidades existentes na situação em que estamos inseridos.

Segundo Siches, se o direito é um produto humano ele está submetido aos mesmos traços expostos acima. Assim, as normas jurídicas apresentam o mesmo tipo de funcionamento da vida humana. As normas têm vida efetiva e atual nas consciências e nas condutas das pessoas que as cumprem ou as aplicam. Deste modo, elas são revividas e reatualizadas sucessivamente por novos seres humanos. **As normas adquirem nova vida, mudam, transformam-se e evoluem**.

Desse modo, as normas jurídicas precisam ser adaptadas às

circunstâncias especiais de cada caso singular e particularizadas para cada caso concreto. Além disso, com o passar do tempo, quando as normas são aplicadas a novas situações da vida social, vão surgindo novos sentidos, alcances diferentes e outras consequências diferentes das anteriores (cf. SICHES, 1973, p. 136-137).

Como obra cultural humana, o direito tem sempre um sentido circunstancial. Isto, porém, não exclui que os possíveis sentidos apresentados por ele tenham como referência os valores. No entanto, afirma Siches, embora o direito se oriente em direção a valores objetivos, ele não está constituído por eles. O direito, portanto:

> não é valor puro, e sim ação humana, ou o produto da ação humana, que procura inspirar-se nesses valores. Por conseguinte, a obra cultural não pode ser tratada como um sistema de ideias puras. Pelo contrário deve ser considerada como um produto histórico intencionalmente referido a valores (SICHES, 1973, p. 140).

A partir desses fundamentos filosóficos, Siches critica a concepção tradicional de interpretação jurídica, segundo a qual a atividade do intérprete e do órgão jurisdicional consistia única e exclusivamente em subsumir os fatos nas fórmulas normativas gerais, como uma operação mecânica da lógica dedutiva.

Esta concepção considerava as normas jurídicas contidas nos códigos como dogmas definitivos. A partir disso, propunha-se para a interpretação um método lógico de inferência, que partia do conteúdo abstrato das normas, sem se preocupar com os efeitos que as consequências extraídas deles por lógica dedutiva possam produzir na vida real da sociedade.

Contra tal postura, Siches opôs alguns argumentos. **Em primeiro lugar**, ao invés de conceber os artigos do código como dogmas, ele entende que as normas jurídicas não podem ser classificadas nem como verdadeiras nem como falsas. Elas podem até ser justas, menos justas ou injustas; prudentes ou imprudentes; adequadas ou inadequadas; viáveis ou inviáveis. No entanto, o valor verdade não se aplica a elas.

Em segundo lugar, o direito positivo não é composto só de leis, dele fazem parte também normas que atingem situações particulares como os negócios jurídicos e as sentenças judiciais. **Em terceiro lugar**, por esquecer que as normas individualizadas formam parte essencial do mundo jurídico, a concepção tradicional pensa o direito como algo afastado da realidade social,

sem contatos diretos com ela. Com efeito, são as normas individualizadas que põem o direito em contato com a realidade.

Assim, ao entender o direito apenas como um conjunto de leis, a concepção tradicional tratava os seres humanos não do ponto de vista de sua realidade efetiva, mas como seres abstratos. Como diz Siches, "o erro maiúsculo consiste em tratar como teoremas o que deve ser tratado como instrumento para a ação prática" (1973, p. 157).

Mas Siches não propõe o completo descarte da lógica formal pelo direito, pois ela continua a ter, de forma limitada e secundária, alguma importância jurídica. Assim, a lógica tradicional pode ser usada pelo jurista para inferir consequências necessárias de formas *a priori,* como no raciocínio de que não pode haver direito subjetivo sem um dever jurídico correlato; para tirar consequências da identidade de duas situações (princípio da identidade ou da não contradição); para se proceder quantificação de realidades físicas, como quando tiver que se medir a extensão de um prédio ou quando tiver que se contar cabeças de gado (cf. SICHES, 1973, p. 175).

Siches propõe, então, a adoção pelo direito da lógica do razoável, a qual apresenta as **seguintes características** (cf. 1973, p. 287-288):

1) Está limitada, condicionada, pela realidade concreta do mundo em que opera. Isso significa que a interpretação do direito está limitada e condicionada pela realidade do mundo social, histórico e particular do intérprete.
2) Está impregnada de valorações. Esta dimensão axiológica é incompatível com a lógica formal. A lógica do razoável, então, é a **lógica adequada para a interpretação dos conteúdos valorativos das normas jurídicas** como bem comum, interesse público e boa-fé.
3) Essas valorações são concretas, no sentido de que se referem a uma determinada situação humana real. Por isso, na interpretação, devem ser levadas em conta as possibilidades e as limitações presentes na realidade.
4) As valorações são a base a partir da qual se estabelecem finalidades.
5) Mas o estabelecimento desses fins não se apoia somente nos valores, uma vez que estão condicionados pelas possibilidades oferecidas pela realidade.
6) Assim, a lógica do razoável está regida por razões de adequação entre: quais os valores apropriados para a ordenação de uma determinada realidade social; quais são os propósitos e os fins valiosos e adequados; quais são os

propósitos possíveis de se realizar; que meios são convenientes aos fins propostos; que meios são eticamente corretos para o estabelecimento dos fins; que meios são eficazes para a concretização de determinados fins.

7) A lógica do razoável está orientada pelos ensinamentos derivados da experiência individual e da experiência social (histórica).

A lógica do razoável traz a consequência de que a interpretação passa a estar **centrada no caso, e não na norma**. Isso faz com que a norma aplicável seja aquela realmente adequada ao fato existente. A decisão judicial passa a ser entendida de um modo construtivo, na medida em que procura atualizar o sentido da norma a cada caso concreto (cf. SOARES, 2010, p. 76).

Por isso, a norma deve experimentar modificações conforme a realidade venha também a se modificar. Trata-se de uma **permanente adequação do direito à vida**. Como exemplifica Ricardo Maurício Soares (2010, p. 77), suponhamos que o regimento acadêmico de um curso de Direito proíba a entrada de cães no interior da faculdade. Como interpretar tal norma no caso de um aluno com deficiência visual que pretenda entrar na Faculdade acompanhado de seu cão-guia? A resposta da lógica formal seria a proibição, já que ela se limitaria a realizar a subsunção.

Se, no entanto, usarmos a lógica do razoável, a entrada do estudante com o seu cão-guia seria permitida. Em primeiro lugar porque, dadas as circunstâncias concretas, a finalidade da norma regimental não será prejudicada. Em segundo lugar, porque os valores da ordem e da segurança, indispensáveis para a realização das atividades acadêmicas, não serão atingidos por um animal devidamente adestrado como um cão-guia.

3.4 Interpretação à luz da teoria tridimensional do direito

A compreensão do direito como um fenômeno fático, valorativo e normativo realizada pela teoria tridimensional sujeita todo o conhecimento e o pensamento desenvolvidos no campo jurídico. Desse modo, **a interpretação do direito não pode ser vista apenas segundo critérios lógico-formais**.

Segundo Miguel Reale (1993, p. 580), o juiz, que tem diante de si um sistema de direito, não pode tratá-lo apenas como concatenação lógica de proposições. Deve sentir que nesse sistema existe algo de subjacente, que são os fatos sociais aos quais está ligado um sentido ou um significado que resulta dos valores. **A interpretação é um processo de integração dialética**, **que implica ir**

do fato à norma e da norma ao fato.

A teoria tridimensional do direito chama a atenção para o perigo das transposições formais que não levam em conta as circunstâncias fáticas e axiológicas. Interpretar, por exemplo, o código civil apenas naquilo que ele expressa no plano lógico formal é deixar de lado o próprio problema da vida ou da experiência jurídica. A dogmática jurídica, portanto, não é toda ciência do direito. Não é menos ciência do direito o complexo de exigências e categorias fático-valorativas que condiciona o aparecimento mesmo da lei.

Para o tridimensionalismo (REALE, 1993, p. 582), se o fenômeno jurídico pressupõe fato, valor e norma, é em certa medida natural que a interpretação jurídica de uma mesma lei seja suscetível de produzir consequências diversas, ao mesmo tempo em que regras diversas podem produzir conclusões análogas.

Fica mais claro também por que uma norma jurídica, sem que tenha sofrido qualquer alteração em seu texto, adquire significados diversos com o passar do tempo. Essas aparentes incoerências espantam o homem comum, mas não devem espantar o jurista.

4. A interpretação do direito na doutrina atual

Segundo Michel Villey (2008, p. 256), a doutrina atual procura evitar posições extremadas. Assim, considera tanto o racionalismo da época das luzes como seu oposto, o irracionalismo, como concepções inadequadas.

Autores como Viehweg, Engisch e Perelman evitam o irracionalismo mas também rejeitam o pensamento racionalista do direito como um sistema fechado que se forja axiomaticamente. Ao pensamento sistemático opõem-se o **pensamento por problemas, a "tópica"**.

Viehweg, por exemplo, buscou uma **revalorização da retórica**, da qual a tópica é uma parte, em contraposição ao racionalismo matemático-cartesiano (ATIENZA, 2006, p. 48). Com efeito, diferentemente do mundo moderno, a tópica teve uma importância considerável na formação antiga e medieval. Dela trataram autores como Aristóteles e Cícero.

A intenção de fazer do direito um sistema, que prevaleceu apenas entre meados do século XVIII e meados do século XX, baseava-se no pensamento matemático, de espírito cartesiano. Este tipo de pensamento busca, acima de tudo, a evidência, desprezando qualquer proposição que não possua um caráter

óbvio, indiscutível, exato, preciso (SICHES, 1973, p. 160).

No entanto, o pensamento jurídico, ao longo da maior parte de sua história, nunca foi sistemático nem teve a intenção de sê-lo. Pelo contrário, foi sempre um pensamento de tipo aporético, isto é, um pensamento por problemas, deliberador, argumentativo – exatamente o contrário do ideal sistemático. A distinção entre pensamento sistemático e aporético já se encontrava na obra de Aristóteles, que afirmava que os problemas jurídicos diziam respeito ao segundo tipo de pensamento.

O pensamento aporético caracteriza-se por contar só com conhecimentos fragmentários e, ao abordar um problema, poder selecionar livremente um número maior ou menor de pontos de vista, conforme o peso ou a força de convicção que possuam. A esses pontos de vista, geralmente aceitos devido à influência de uma autoridade tradicionalmente reconhecida, os antigos gregos e romanos chamavam de **tópicos**. A função dos tópicos consiste em servir para a consideração dos problemas, para contemplar todas as suas vertentes e para ponderar o alcance e o valor de cada uma das diversas soluções possíveis (cf. SICHES, 1973, p. 160).

Os argumentos da tópica, então, diferenciam-se de uma postura racionalista porque partem do simplesmente provável ou verossímil, e não de proposições primeiras ou verdadeiras. Na obra de Cícero, a tópica tem por objetivo **apresentar razões que sirvam como convencimento a respeito de algo que é duvidoso**. Ela seria, portanto, a arte de exibir os melhores argumentos.

Assim, Viehweg considera a tópica como um procedimento de busca de premissas (de tópicos). Tal procedimento não termina nunca, pois o repertório de tópicos é sempre ilimitado, na medida em que é necessariamente provisório e elástico (cf. ATIENZA, 2006, p. 49).

Perelman (1996, p. 552) também enfatiza a necessidade de aproximação do direito com a retórica. A própria histórica demonstra isso na medida em que, durante a Antiguidade, a Idade Média e boa parte da modernidade, a formação jurídica dava-se em conjunto com a formação em retórica.

Há duas situações que não deixam espaço para a retórica. Em primeiro lugar, quando a verdade é evidente não cabe argumentar. Em segundo lugar, quando, para buscar a adesão das pessoas, recorre-se à força bruta, ao invés de ao convencimento. Porém, como esses casos extremos são bastante raros, o campo da retórica é imenso.

No direito, portanto, **a retórica encontra campo fértil**, em primeiro lugar porque com frequência é muito difícil obter por meio dele uma conclusão evidente e, em segundo lugar, porque o direito precisa ser reconhecido como legítimo por aqueles que se encontram sujeitos a ele. Este último fator tem um peso especial em ambientes democráticos como o nosso (cf. PERELMAN, 1996, p. 554).

Para a teoria de Perelman, o processo é uma disputa de opiniões. É preciso escolher entre a pluralidade de fórmulas possíveis pronunciadas pelos diferentes advogados em suas explanações, nas quais nem só as leis são invocadas mas também princípios gerais do direito, precedentes jurisprudenciais, equidade, as circunstancias do momento.

Nessas explanações entra em jogo a **arte da argumentação**. A vitória caberá ao antagonista que tiver sabido invocar em apoio de sua tese os lugares-comuns mais enraizados no espírito do juiz, que tiver argumentado de modo mais convincente, que tiver se mostrado persuasivo.

A doutrina atual, portanto, tende a repudiar a pretensão cientificista de que deve haver apenas um único resultado correto. Repudia também a concepção de interpretação como o resultado de uma operação lógica e de que as ferramentas interpretativas devem ser utilizadas apenas quando não há clareza na norma.

O princípio de que a interpretação cessa quando o texto é claro (*in claris cessat interpretatio*) é apontado como **insustentável**. Como explica Perelman (1996, p. 622), "quando se poderá dizer que um texto é claro? Quando é claro o sentido que o legislador antigo lhe deu? Quando o sentido que se lhe dá atualmente é claro para o juiz? Quando os dois sentidos claros coincidem?".

O sistema jurídico possui uma complexidade tal que contrasta com a ideia de que, havendo clareza evidente, não precisamos interpretar. Ademais, a aplicação de uma regra de direito realiza-se tendo em vista a existência de outras regras que interagem com ela, inclusive regras implícitas, além de ter, evidentemente, que levar em conta a realidade dos fatos. Perelman (1996, p. 623) exemplifica essa complexidade:

> Suponhamos que um regulamento municipal proíba a entrada de veículos num parque público. Essa regra irá forçar o policial de guarda a impedir a entrada de uma ambulância que veio buscar um passeante vítima de enfarto? Se não, isso significa que a regra que não contém, em

> seu enunciado, nenhuma restrição, subentende uma cláusula limitativa, tal como salvo em circunstâncias graves ou excepcionais, salvo caso de força maior, cujo alcance compete, cada vez, ao intérprete precisar.

Desse modo, é hoje um postulado quase universal da ciência jurídica a tese de que **não há norma sem interpretação**. Hoje prevalece o entendimento de que toda norma é, pelo simples fato de ser posta, passível de interpretação (FERRAZ JR., 2006, p. 68).

4.1 Características da interpretação do direito na doutrina atual

Tomando por base as explicações de Eros Grau, apontaremos a seguir algumas características que marcam a concepção atual de interpretação do direito. São elas:

1) **O texto é diferente da norma**. As normas jurídicas são o resultado da interpretação dos textos normativos. Assim, não interpretamos normas, e sim textos. Isso explica por que o texto pode permanecer o mesmo, mas a norma, isto é, a interpretação que é dada a respeito do texto, pode mudar.

O próprio ordenamento jurídico é visto, então, como um conjunto de interpretações. O conjunto de todos os textos normativos é apenas ordenamento em potência: um conjunto de possibilidades de interpretação ou normas potenciais.

2) Há a **norma jurídica** e há a **norma de decisão**, que é aquela que efetivamente dá solução a um determinado caso, concretizando a norma jurídica. Todos os operadores do direito o interpretam e, nesse sentido, podem criar norma jurídica, mas apenas os juízes podem produzir a norma de decisão, pois detêm a competência de decidir a lide. Na medida em que está autorizado a ir além da simples interpretação para produzir normas de decisão, o juiz é aquele que Kelsen chama de **o intérprete autêntico** (**não confundir** isso com a lei interpretativa, também chamada de interpretação autêntica).

3) **O intérprete produz norma jurídica, mas não tem poder ilimitado de criá-la**, ou seja, essa norma não é fruto simplesmente da vontade do juiz. Com efeito, ele retira do texto normativo a norma que lá está potencialmente. O juiz não produz normas livremente, pois está sempre vinculado aos textos normativos, **encontra-se limitado** pela legalidade, pela constitucionalidade e também por condições fáticas.

A norma, então, é produzida pelo intérprete não só a partir de elementos do mundo do dever-ser que se encontram no texto mas também a partir de elementos do mundo do ser, isto é, elementos do caso ao qual a norma será aplicada. A criação da norma envolve uma interpretação dos textos e da realidade.

Tal postura significa a negação de uma discricionariedade judicial absoluta: "Todo intérprete, embora jamais esteja submetido ao espírito da lei ou à vontade do legislador, estará sempre vinculado pelos textos normativos, em especial – mas não exclusivamente – pelos que veiculam princípios" (GRAU, 2009, p. XXVIII). Além disso, o intérprete encontra-se vinculado pelo caso que deve resolver, pela realidade histórica em que realiza a interpretação.

A textura aberta do direito não é, portanto, absoluta. A abertura dos textos jurídicos permite que o direito permaneça a serviço da realidade, mas não é absoluta a ponto de poder ser dado qualquer significado a determinado texto. Qualquer intérprete estará permanentemente atado aos textos. Do rompimento dessa vinculação pelo intérprete autêntico resultará a subversão do texto.

Essa discussão está ligada, portanto, à polêmica entre a interpretação subjetiva e a objetiva. Com efeito, como ensina Larenz (1997, p. 448) consideramos haver entre elas uma relação de complementaridade:

> Quem interpreta a lei em certo momento busca nela uma resposta para as questões do seu tempo. A interpretação tem isto em conta; acontece com isto que a própria lei participa até certo ponto do fluir do tempo (histórico). Todavia, está presa à sua origem. A interpretação não deve descurar a intenção reguladora cognoscível e as decisões valorativas do legislador histórico subjacentes à regulação legal, a não ser que estejam em contradição com as ideias retoras da constituição atual ou com os seus princípios jurídicos reconhecidos.

4) **A interpretação do direito é, ao mesmo tempo, sua aplicação**. Não há como separar esses dois momentos, na medida em que o intérprete estabelece o sentido do texto a partir e em virtude de uma situação concreta. A separação entre interpretação e aplicação do direito é fruto de um entendimento equivocado da primeira como mera operação de subsunção.

Segundo Siches (1973, p. 281), o direito positivo não é um conjunto de regras pré-configuradas, já prontas para serem aplicadas. O direito é produzido por um processo que engloba a constituição, a legislação e chega até à norma

individualizada pela sentença judicial ou pela decisão administrativa. É da interação entre esses elementos que surge a decisão jurídica, e não simplesmente de um processo de aplicação da lei.

Aliás, se a atividade judicial se esgotasse na operação lógica da subsunção, possivelmente ela já poderia ser obra de máquinas desenvolvidas para realizá-la.

5) **Não existe no direito "o verdadeiro**". As normas jurídicas não podem ser julgadas pelo parâmetro da verdade ou da falsidade. Podem e devem ser apreciadas por outros ângulos, isto é, pelos valores da justiça, da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, do bem comum etc. (cf. SICHES, 1973, p. 277).

O direito é uma prudência, o que quer dizer que ele tem como função realizar uma escolha entre várias soluções possíveis. Portanto, uma decisão judicial não pode ser chamada de verdadeira. Não há como demonstrá-la racionalmente. Ela simplesmente se mostrou a mais oportuna, a mais aceitável.

O mais adequado é dizer que uma solução jurídica é **razoável**, e isto ocorrerá porque ela conseguiu persuadir, porque ela conquistou a adesão do auditório, porque ela conquistou o mais amplo consenso possível.

No entanto, afirma Eros Grau (2009, p. XVII), a prudência recomenda que a interpretação seja adequada a algumas pautas, entre as quais estão: a interpretação do direito como um todo; a atenção que se deve ter com a finalidade do direito e a relevância que possuem os princípios.

Referências

AGOSTINHO. *A cidade de deus*. Tradução de J. Dias Pereira. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*. São Paulo: Loyola, 2005.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de Sonia Heinrich. São Paulo: Diagrama & Texto, 1983.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: Editora UnB, 1999.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora UnB, 1997.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Cupertino. São Paulo: Landy, 2006.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico,* Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 4, julho 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 13 nov. 2011.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. In: BENTHAM, Jeremy; MILL, John Stuart. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Coleção Os pensadores)

BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito*: lições de propedêutica jurídica tridimensional. São Paulo: Saraiva, 2008.

BILLIER, Jean-Cassien. *História da filosofia do direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica.* Tradução de Fernando Pavan e Ariani Sudatti. Bauru: Edipro, 2005.

BRAGUE, Rémi. *A lei de Deus*: história filosófica de uma aliança. Tradução de Lúcia Pereira de Souza. São Paulo: Loyola, 2009.

CARDIM, Carlos Henrique. In: RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

CASTRO, Marcílio Moreira de. *Dicionário de direito, economia e contabilidade*:

português-inglês/inglês-português. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CHUEIRI, Vera Karam. Dworkin, Ronald. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Tradução de Antonio José Brandão. Coimbra: Armenio Amado, 1972.

DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antônio Cavalcanti. Pós-positivismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito*: temas e desafios. Tradução de Candice Premaor Gullo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito*: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERREIRA, Fernando Galvão de Andrea. Realismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GANDER, Hans-Helmuth. *Hans-Georg Gadamer* – na pista do compreender. In: HENNIGFELD, Jochem; HEINZ, Jansohn (Org.). *Filósofos da atualidade*. Tradução de Ilson Kayser. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

GERBIER, Laurent. Herméneutique. In: BLAY, Michel (Org.). *Dictionnaire des concepts philosophiques*. Larousse, CNRS Editions, 2007.

GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUTHRIE, W. K. C. *Os sofistas*. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1995.

HART, Herbert. *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

HASSNER, Pierre. *Immanuel Kant*. In: STRAUSS, Leo; CROPSEY, Joseph (Comp.). *Historia de la filosofía política*. Tradução de Leticia García, Diana Sánchez e Juan Utrilla. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1996.

HERÁCLITO. *Fragmentos*. Edição bilíngue com tradução, introdução e notas de Emannuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980.

HERVADA, Javier. *Historia de la ciencia del derecho natural*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1996.

HERVADA, Javier. *Lições propedêuticas de filosofia do direito*. Tradução de Elza Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política*: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Tradução de Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991.

JAEGER, Werner. *Paidéia*: a formação do homem grego. Tradução de Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

JUSTINIANO. *Digesto, liber primus*: introdução ao direito romano. Tradução de Hélcio Maciel França. São Paulo: RT, 2010.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1995.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *Sociedad y naturaleza*. Buenos Aires: De Palma, 1945.

KELSEN, Hans. *O que é justiça*? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.

LAFER, Celso. A legitimidade na correlação direito e poder: uma leitura do tema inspirada no tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale. In: *Miguel Reale*: Estudos em homenagem a seus 90 anos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LORD, Carnes Aristóteles; STRAUSS, Leo; CROPSEY, Joseph (Comp.). In:

Historia de la filosofía política. Tradução de Leticia García et al. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1996.

MATA-MACHADO, Edgar de Gogoi da. *Elementos de teoria geral do direito*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1986.

OLIVEIRA, André Gualtieri de. Justiça direito e democracia na teoria de John Rawls. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional* – teoria da constituição. Salvador: Juspodivm, 2009.

OLIVEIRA, André Gualtieri de. Desenvolvimento da ética kantiana e sua validade atual. In: BOITEUX, Elza (Coord.); ANJOS FILHO, Robério dos. *Direitos humanos:* estudos em homenagem ao Professor Fábio Konder Comparato. Salvador: Juspodivm, 2010.

OLIVEIRA, André Gualtieri de. *A teoria da justiça de John Rawls*: os dois princípios de justiça e a razão pública. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria geral do direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. [Orientadora: Profa. Dra. Elza Boiteux].

PLATÃO. *A República*. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

PLATÃO. Gorgias. Tradução de W. D. Woodhead. In: ________. *The collected dialogues*. CAIRNS, Huntington; HAMILTON, Edith (Ed.). 18. ed. Princeton: Princeton University Press, 2002. 483E-484a [Boollingen Series LXXI].

PLATÃO. Republic. Tradução de Paul Shorey. In: ________. *The collected dialogues*. CAIRNS, Huntington; HAMILTON, Edith (Ed.). 18. ed. Princeton: Princeton University Press, 2002. p. 585 (335b).

PLATÃO. Theaetetus. Tradução de F. M. Cornford. In: ________. *The collected dialogues*. CAIRNS, Huntington; HAMILTON, Edith (Ed.). 18. ed. Princeton: Princeton University Press, 2002b. (Boollingen Series LXXI).

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996.

RAWLS, John. *Justice as fairness*: a restatement. Editado por Erin Kelly. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*: antiguidade e idade média. São Paulo: Paulus, 2007a.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*: do romantismo até nossos dias. São Paulo: Paulus, 2007b.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

ROSS, Alf. *Direito e justiça.* Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica filosófica e jurídica. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2. ed. México, D.F.: Porrúa, 1973.

SOARES, Ricardo Maurício. *Hermenêutica e interpretação jurídica.* São Paulo: Saraiva, 2010.

STRAUSS, Leo. Platón. In: STRAUSS, Leo; CROPSEY, Joseph (Comp.). *Historia de la filosofía política*. Tradução de Letícia García Urriza et al. México, D.F.: Fondo de Cultura Econômica, 1996.

STRAUSS, Leo. *Natural right and history*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. Sentido e não sentido na crise da modernidade. *Revista Síntese Nova Fase*, Belo Horizonte, v. 21, n. 64, p. 6, jan./mar. 1994.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Ética e direito*. TOLEDO, Cláudia; MOREIRA, Luiz (Org.). São Paulo: Loyola, 2002.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito*: definições e fins do direito: os meios do direito. Tradução de Márcia Valéria de Aguiar. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno.* Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

XENOFONTE. *Ditos e feitos memoráveis de Sócrates*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987 (Coleção Os pensadores).